UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

DE

LA FEMME MARIÉE

Et ses Conséquences Juridiques

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

le samedi 25 juin 1910, à 1 heure 1/2

PAR

Paul GUYOT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE DIJON
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT
CONCOURS DE LICENCE
CONCOURS DE DOCTORAT, MÉDAILLE D'OR, 1909

Président : M. HÉMARD, *professeur.*

Suffragants : MM. BAILLY, *doyen.*
E. GAUDEMET, *professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

DE

LA FEMME MARIÉE

Et ses Conséquences Juridiques

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

le samedi 25 juin 1910, à 1 heure 1/2

PAR

Paul GUYOT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE DIJON
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT
CONCOURS DE LICENCE
CONCOURS DE DOCTORAT, MÉDAILLE D'OR, 1909

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

Président : M. HÉMARD, *professeur.*

Suffragants : MM. BAILLY, *doyen.*
E. GAUDEMET, *professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

A MES PARENTS

A MES MAITRES

En tête de cette étude, je tiens à remercier tous ceux qui ont bien voulu m'éclairer de leurs conseils : M. le Professeur Hémard, de l'Université de Dijon ; MM. les Professeurs Cosack et Zitelmann de l'Université de Bonn, M. le Professeur Huber, de l'Université de Berne ; M. le Docteur Guillaume, Directeur du bureau fédéral de statistique de Berne, et tous les praticiens, magistrats, avocats et directeurs de contentieux, qui m'ont secondé dans ma tâche avec une amabilité égalée seulement par leur compétence.

Abréviations les plus usuelles.

B. G. B. . .	Bürgerliches Gesetzbuch, code civil allemand de 1896.
C. c. . .	Code civil de 1804.
C. co . .	Code de commerce de 1807.
C. P. O. . .	Civilprozessordnung, code de procédure civile du 30 janvier 1877 modifié par la loi du 17 mai 1898.
D. J. Z. . .	Deutsche Juristen Zeitung.
H. G. B . .	Handelsgesetzbuch, code de commerce allemand du 10 mai 1897.
K. O . .	Konkursordmung; ordonnance des faillites du 10 février 1877 modifiée par la loi du 17 mai 1898.
L. G. . .	Landsgericht, tribunal régional.
O. L. G. . .	Oberlandsgericht, tribunal supérieur régional.
R. G. . .	Reichsgericht, tribunal d'empire.

BIBLIOGRAPHIE (1)

I. — Articles de Revues.

Annales de Droit commercial.

1907. **Valéry**. — La femme commerçante et la loi du 13 juillet 1907.

Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire.

1909. **Vaunois**. — L'autorisation maritale et les droits de la femme mariée auteur ou artiste.

Archiv für bürgerliches Recht.

1908. **Horle**. — Ueber die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten.

Archiv für die civilitische Praxis.

1901. **Thiele**. — Studien zum ehelichen Güterrecht des B. G. B.

1901. **Schefold**. — Das selbständige Erwerbsgeschäft der Ehefrau.

1907. **Thiele**. — Das Erwerbsgeschäft der Ehefrau im gesetzlichen Güterstande.

Bulletin de la Société d'Études législatives.

1901 à 1902. — Des modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits du travail et de l'industrie.

1907. **Saleilles**. — Le principe du libre salaire de la femme mariée érigé en règle d'ordre public.

1908. **Vaunois**. — Rapport pour l'étude des réformes à apporter à la législation sur la propriété littéraire. Observations de MM. Lyon-Caen, Ambroise Colin, Piédelièvre.

Bulletin de la Société de Législation comparée.

Janvier 1908. Communication de M. Léon Lyon-Caen sur la situation de la femme mariée quant aux biens en Allemagne. Observations de M. Thaller.

(1) Nous ne citons pas les traités généraux auxquels nous avons dû avoir recours pour le droit français comme pour les législations étrangères ; nous nous contentons d'indiquer les études particulièrement importantes qui se rapportent spécialement à notre sujet.

Janvier 1909. Communication de M. Léon Adam sur le nouveau code civil suisse et la situation de la femme mariée

Février 1909. Observations de MM. Massigli et Saleilles.

Avril-mai 1909. Note de M. Léon Adam sur l'application par la pratique de la loi du 13 juillet 1907.

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Neue Folge. T. 1 à 23 (1903 à 1910).

Le Musée Social.

1902. **Kaethe Schirmacher.** — Le travail des femmes en France.

La Réforme Sociale.

1901. **Thaller.** — Du régime normal des biens à établir entre époux.

1901. **Saleilles.** — La condition juridique de la femme dans le code civil allemand.

Résultats du recensement fédéral du 1er décembre 1900.

La population d'après les professions, 1907, Berne.

Exposé des résultats généraux, 1905, Berne.

Recensement fédéral des entreprises agricoles, industrielles, et commerciales du 9 août 1905. 1908, Berne.

L'industrie à domicile en Suisse, 1909, Berne.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

1908. **Pichon.** — Du libre salaire de la femme mariée et de la contribution des époux aux charges du ménage.

Revue du Notariat et de l'Enregistrement.

1907. Jurisprudence, n° 13058.

1908. **Dépinay.** — Application par la pratique notariale de la loi du 13 juillet 1907.

Revue trimestrielle de droit civil.

1907. **Sourdois.** — Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail.

1909. **Gaudemet (E.).** — Chronique législative.

1909. **Chéron.** — La contribution des époux aux charges du ménage et la loi du 13 juillet 1907.

1910. **Bernard et Bonnecase.** — La femme mariée commerçante d'après la loi du 13 juillet 1907.

Zeitung für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.

1902. **Zschimmer.** — Der Einfluss des gesetzlichen Güterstandes auf ein Handelsgewerbe der Ehefran.

1904. **Gildemeister.** — Offene Handelsgesellschaft zwischen Ehegatten beim Vorliegen der allgemeinen Gütergemeinschaft.

Deutsche Juristen Zeitung.

1901. **Buchka.** — Die Stellung der Ehefrau als Handelsfrau.

1902. **Dernburg**. — Sind die einem selbständigen Erwerbsgeschäft einer Ehefrau zugehörigen Sachen Vorbehaltsgut ?
1905. — Zum fünften Jahrestag des neuen bürgerlichen Rechts.
1906. **Laband**. — Die Fortschritte des Rechts (1896-1905).

II. — Thèses et dissertations.

Aftalion. — La femme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires, Paris, 1897.
— Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée, Paris, 1898.
Barsch. — Der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch eine Ehefrau nach neuem Recht, Leipzig, 1905.
Damez. — Le libre salaire de la femme mariée et le mouvement féministe, Lyon, 1905.
Dupré. — Le libre salaire de la femme mariée, Lyon, 1909.
Expert-Bezançon. — La femme mariée commerçante, Paris, 1906.
Léon Lyon-Caen. — La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires, Paris, 1903.
Morin. — Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail, Caen, 1908.
Mulotte. — La loi du 13 juillet 1907 et les salaires de la femme mariée, Paris, 1909.
Schmidt. — Das Vorbehaltsgut der Ehefrau nach dem B. G. B., Erlangen, 1909.
Schultz. — Die privatrechtliche Stellung der Ehefrau nach zürcherischem Recht und nach dem schweizerischen J. G. B., Zürich, 1908.
Simon. — Die Ehefrau als Handelsfrau, Heidelberg, 1908.
Winter. — Der Betrieb des Erwerbsgeschäfts der Ehefrau, Giessen, 1905.

L'Activité Economique de la Femme Mariée

ET

SES CONSÉQUENCES JURIDIQUES

INTRODUCTION

I

Tout mouvement juridique est à la fois la conséquence d'un mouvement social antérieur et le point de départ d'un mouvement social nouveau. C'est que le droit est en rapport constant avec les autres facteurs de la vie collective, d'une façon plus lointaine avec la vie de la langue, de la science et de l'art, plus intimement avec la vie de la croyance, de la morale, de la coutume, très étroitement enfin avec la vie économique et politique. Toutes ces fonctions se conditionnent, se commandent réciproquement et se relient par mille fils à une unité de vie dont elles semblent les rayons.

La condition de la femme mariée laborieuse est une illustration éclatante de cette pénétration profonde des divers éléments qui contribuent au développement de la Société. Elle révèle l'influence de trois grands facteurs qui concourent au même but.

C'est, d'une part, un *facteur sociologique* qui pousse les

groupements sociaux à dissoudre leurs liens chaque jour davantage, à diminuer leur cohésion en y affaiblissant l'autorité. Ce qui arriva au clan, ce qui survint à la « gens » est sur le point d'atteindre aujourd'hui la famille, sinon pour la détruire, tout au moins pour la transformer. Comme le constate Summer Maine, les sociétés civilisées de l'Occident continuent tout simplement à obéir, comme elles l'ont fait pendant des siècles, à une loi de leur développement. C'est là une des phases d'une évolution accomplie pour d'autres classes, la substitution de l'être individuel, comme unité sociale, aux groupes collectifs d'individus.

C'est, d'autre part, un *facteur idéologique* qui déduit de données rationnelles l'égalité de l'homme et de la femme et qui soutient toutes les revendications féministes (1). La science positive a prêté au féminisme l'appui que la philosophie du XVIII^e^ siècle a fourni au socialisme : elle a démontré que la physiologie ne permettait pas de conclure à l'infériorité intellectuelle de la femme ; elle a combattu par suite la supériorité sociale de l'homme qui n'apparaissait plus que comme une usurpation, contraire à l'état de nature.

Mais, pour enlever à ces réclamations leur caractère abstrait, pour les faire pénétrer dans la vie réelle et leur assurer une efficacité pratique, il fallait qu'à un état de pensée vînt s'ajouter un état de fait. Le féminisme et le socialisme seraient demeurés l'un et l'autre des théories doctrinales si la révolution industrielle du XIX^e^ siècle ne leur avait pas donné une impulsion nouvelle. Et ainsi le troisième facteur, le *facteur économique*, complète et soutient les deux autres.

La phase du capitalisme et des machines a fait surgir

(1) Cf. notamment Damez, *op. cit.*, p. 1 à 103, et Francesco Cosentini, dans la *Revue internationale de sociologie*, octobre et novembre 1909.

partout d'immenses organismes, et l'usine a peu à peu exproprié le travail domestique de la femme. La machine a filé (1), elle a tissé, elle a cousu, elle a fabriqué de la dentelle ; et dès lors l'épouse a dû suivre son occupation à l'usine. Les travaux de l'intérieur eux-mêmes qui semblaient le domaine intangible de la maîtresse de maison, sont accaparés par l'industrie. La blanchisserie se fait en dehors du ménage ; la boulangerie, la charcuterie, le restaurant réduisent souvent à néant le rôle autrefois réservé à la femme.

Toute cette activité féminine, rendue libre, doit naturellement chercher à s'employer. Or, à la fabrique, le mode de production transformé permet d'utiliser des forces de travail ayant moins de vigueur physique. D'autre part, les salaires du père deviennent insuffisants pour subvenir aux besoins d'une famille nombreuse : peu à peu l'atelier va exercer son attraction irrésistible sur tous les membres du groupe. A la suite du père et des fils, la mère et les filles entreront à l'usine, négligeront leur intérieur, ne rentreront à la maison que pour le manger et le dormir. N'ayant pas l'habitude des travaux du ménage, elles préféreront à la tâche modeste et féconde de la maîtresse de maison la contiguïté et la contagion du milieu où elles ont vécu avant le mariage, où elles se marient souvent, où elles demeurent après l'union. La vie factice de l'ouvrière les charme par l'argent qu'elles rapportent chaque huitaine ; elles ne songent pas qu'elles auraient peut-être gagné plus en restant au foyer pour veiller à l'éducation des enfants et à la nourriture de tous.

Leur offre de travail sera certainement acceptée : leur

(1) Cf. l'ouvrage très intéressant de M. André de Maday, sur *Le droit des femmes au travail*.

seul but est le plus souvent d'augmenter les ressources du ménage, de contribuer aux charges communes sans les supporter entièrement, et elles peuvent se contenter d'un salaire d'appoint.

Le mouvement, né dans la classe ouvrière, tend de plus en plus, par un phénomène de *capillarité sociale*, à pénétrer la classe bourgeoise. La femme de ce milieu, tantôt contrainte par le besoin, tantôt poussée (1) par le désir de plus d'aisance et par l'envie d'imiter les classes plus riches, recourt à une occupation lucrative. Elle entre dans les administrations de l'Etat, elle recherche une place dans les grandes maisons de commerce, elle poursuit une carrière libérale.

L'épouse conquiert ainsi son *autonomie dans les faits* : elle travaille comme son mari ; elle reçoit son salaire aux mêmes époques que lui, parfois dans la même usine ; placée dans des conditions identiques, elle songe à avoir les mêmes droits que son conjoint, et ses prétentions ont beaucoup de chances de réussir. C'est qu'en effet toute émancipation dans le domaine du droit a été préparée dans ses causes et assurée dans ses effets par le facteur économique. A Rome, il adoucit la situation de l'esclave en le plaçant à la tête d'une entreprise industrielle ou commerciale, en lui reconnaissant une personnalité de fait ; il soustrait le patrimoine du fils de famille au despotisme du père en créant le *peculium castrense*, puis le *peculium quasi castrense*. Dans l'ancienne France, il provoque le mouvement communal et il réalise l'affranchissement des serfs. Sous son influence, à l'époque moderne, le champ juridique (2) s'étend chaque jour davantage de la famille à la

(1) Francesco Cosentini, *op. cit*, p. 813.
(2) Cf. G. Tarde, *Les transformations du droit.*

cité, de la cité à la nation, de la nation à l'humanité ; il se creuse en profondeur par l'admission successive de couches de plus en plus nombreuses du groupe social dans la grande église du droit. C'est le facteur économique qui explique l'origine et assure le succès des deux grandes impulsions de la société contemporaine, le mouvement ouvrier et le mouvement féministe. Ces deux forces du monde moderne qui agissent souvent indépendamment l'une de l'autre parce que les intérêts qu'elles représentent ne sont pas les mêmes, s'unissent au contraire pour reconnaître, pour protéger et pour développer l'activité économique de l'épouse.

II

Les idées générales que nous venons d'exposer ont fait pressentir le rôle considérable du travail de la femme à l'époque actuelle. Il nous appartient maintenant de préciser toute son importance, et, avant d'étudier ses conséquences juridiques, de l'envisager dans la réalité. Pour le faire, nous aurons recours à des statistiques descriptives qui ont le double inconvénient d'être trop complètes et de ne pas l'être assez. Elles le sont trop : car, le plus souvent, elles indiquent le nombre global des femmes laborieuses sans déterminer la proportion des femmes mariées ; elles ne le sont pas assez, car elles négligent presque toujours toutes les activités qui ne s'exercent pas dans une usine ou dans un magasin. Elles laissent généralement de côté le travail à domicile et elles ne tiennent pas compte des femmes de ménage qui, particulièrement dans les villes, sont très nombreuses. Malgré ces imperfections, elles montrent, mieux qu'un long raisonnement, tout l'intérêt de la thèse que nous avons choisie.

En France, une statistique faite à l'occasion du recensement général de la population, le 24 mars 1901, a donné les chiffres suivants :

Industries ou professions.	29 mars 1896	24 mars 1901
Profession non spécifiée	16.235	4.504
Pêche	5.236	4.400
Forêts et agriculture	2.754.593	2.658.952
Industries extractives	4.759	5.031
Industries de transformation	1.888.947	2.124 642
Manutention et transport	160.760	212.794
Commerce, spectacles, banque	571.079	689.999
Professions libérales	138.460	173.278
Services personnels, domestiques	737.941	791.176
Services publics	133.213	139.734
Totaux	6.411.223	6.804.510

Pour compléter cette statistique générale et déjà lointaine, nous avons entrepris deux enquêtes spéciales et récentes sur la part de l'activité féminine, d'un côté dans la bonneterie à Troyes, de l'autre, dans le personnel enseignant primaire du département de l'Aube.

Il existe à Troyes, d'après les renseignements recueillis par M. Hubert, Inspecteur départemental du travail, le 16 août 1907, 70 fabriques de bonneterie qui occupent une population ouvrière de 9.000 personnes. Ce nombre se compose de 1.800 enfants ayant moins de 18 ans, de 3.400 filles et femmes de plus de 18 ans, et de 3.800 hommes Les salaires des femmes, tout en étant sensiblement inférieurs à ceux des hommes, sont assez élevés, comme le prouve le tableau ci-dessous.

Salaires journaliers.

Hommes		Femmes	
Métier Cotton	7 fr. 18	Bobineuses	3 fr. 77
Rectilignes	6 » 63	Brodeuses	3 » 72
Circulaires	6 » 76	Boutonnières	3 » 70
Hollandais	6 » 06	Remmailleuses	3 » 44
Plieurs	5 » 63	Piqueuses	3 » 38
Formeurs	5 » 27	Raccoutreuses	3 » 33

La seconde statistique est plus intéressante encore, car elle nous permet de saisir de la façon la plus claire la progression continue du travail de la femme mariée. Les renseignements sont empruntés au *Moniteur scolaire de l'Aube* et ont par suite une valeur officielle.

Années	Nombre d'institutrices	Institutrices mariées	Proportion des institutrices mariées 0/0
1895	199	26	13,06
1899	214	70	32,71
1905	239	116	48,53
1909	300	152	50,60

Le courant dont nous avons constaté l'existence dans notre pays se rencontre aussi hors de nos frontières. *En Allemagne*, le nombre des femmes ayant une occupation productive a augmenté entre 1882 et 1895 de 26,10 0/0, alors que la population subissait seulement une hausse de 14,5 0/0. Une publication de l'Office Impérial de l'Intérieur résumant les enquêtes des inspecteurs du travail évalue à 229.334 le nombre des femmes mariées employées dans les fabriques. Enfin nous empruntons à M. Meyer une statistique (1) récente et très significative.

Années	Nombre total des femmes	Femmes occupées au dehors	Proportion 0/0
1882	23.071.364	5.541.517	24,02
1895	26.361.123	6.578.350	24,96
1907	31.259.429	9.492.881	30,37

(1) Cf. *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, août 1909.

Pour compléter ces renseignements purement matériels, il est utile de reproduire les résultats d'une recherche entreprise en 1902. Mlle Henriette Fürth a demandé aux ouvrières de Liegnitz pour quelles raisons elles allaient travailler à la fabrique, et elle a obtenu les réponses suivantes :

Parce que le mari gagne peu.	50 0/0
Pour soutenir des parents.	1 0/0
Parce que le mari est malade.	2 0/0
Parce que le mari est mort	18 0/0
Parce que le mari ne fournit rien au ménage.	8 0/0
Pour augmenter l'aisance.	17 0/0
Pour faire des économies	4 0/0

La Suisse, comme les autres pays, ressent les influences modernes que nous avons précédemment analysées. La tendance à la concentration se rencontre très nette dans le domaine industriel et dans le domaine commercial. La population abandonne manifestement les communes rurales pour se porter vers les communes urbaines ; parallèlement, le travail indépendant de l'épouse, se développe chaque jour davantage. Cette activité économique de la femme suisse, assez peu connue d'ordinaire, mérite d'être étudiée avec soin ; nous pourrons le faire grâce aux précieux renseignements que nous a communiqués M. le Dr Guillaume, Directeur du Bureau Fédéral de statistique de Berne.

Alors qu'en 1850 la population des communes rurales formait les 67,4 0/0 de la population totale, en 1900 elle en forme seulement les 47,3 0/0. Celle des communes urbaines a plus que doublé dans le même espace de temps : elle s'est accrue de 965.120 habitants (124 0/0), tandis que la population rurale s'est réduite de 42.417 habitants (26 0/0).

Le nombre des femmes mariées exerçant une profession distincte n'est pas établi d'une façon directe par les statistiques de 1900. « Le questionnaire pour le recensement qui aura lieu cette année est plus précis, nous écrit M. Guillaume dans une lettre du 1er mars 1910, et nous espérons que les réponses aux questions relatives à la profession ou occupation principale et à l'occupation accessoire seront meilleures et pourront être utilisées. Nous pourrons alors indiquer l'activité indépendante de la femme mariée dans le commerce, dans l'industrie et dans l'agriculture. » Même d'après les documents (1) existant actuellement, d'après le recensement de 1900 et d'après l'enquête sur les entreprises de 1905, il est facile de se rendre compte de l'importance du travail de la femme mariée en Suisse.

La statistique de l'état-civil met en relief la progression constante du nombre des femmes mariées à travers la seconde moitié du XIXe siècle :

Nombre de femmes	Année 1870	Année 1880	Année 1888	Année 1900
Célibataires.	822.625	860.343	891.590	995.021
Mariées.	428.023	460.998	470.163	539.598
Divorcées		6.089	7.597	9.267
Veuves.	113.666	124.046	130.830	144.582
Total.	1.364.314	1.451.476	1.500.180	1.688.418

Le troisième volume du Bureau Fédéral de statistique sur la population d'après les professions serait fort intéressant à étudier en détail, mais nous ne pouvons le faire ici, et nous nous bornerons à en dégager les conclusions générales qui nous intéressent. Toutes les activités économiques, en dehors de la tenue du ménage, ont été distinguées en 221 professions. La réunion de ces professions, d'après

(1) Cf. notre bibliographie.

une certaine parenté, a donné naissance aux groupes qui à leur tour ont formé par assimilation six grandes classes professionnelles.

La comparaison entre les résultats de 1888 et ceux de 1900 établit que le travail féminin diminue de plus en plus dans l'industrie (38,1 au lieu de 45,8 sur 100 ouvriers) ; son intensité ne faiblit pas, mais il subit un déplacement : les professions libérales se développent particulièrement (61 contre 48 0/0), et d'autre part l'hôtellerie attire de plus l'activité de la femme (61 contre 55 0/0).

Un tableau récapitulatif (1) nous indiquant à la fois le nombre total des femmes actives dans chaque classe et celui des célibataires nous permet de connaître facilement l'importance du labeur de l'épouse.

Professions	Nombre de femmes mariées	
Exploitation des mines et autres produits du sol.	12	
Agriculture et élevage. Jardinage.	33.550	
Sylviculture, chasse et pêche	14	
En tout, pour l'extraction et la production de la matière première		33.576
Industries de l'alimentation.	5.108	
Habillement et toilette	27 553	
Construction et ameublement	889	
Industries textiles	31.510	
Papier, cuir et caoutchouc	284	
Produits chimiques	178	
Métallurgie	5.918	
Arts graphiques, reliure et cartonnage	554	
En tout, pour la transformation de la matière première		71.994
Commerce		26.244
Voies de communication, transports		1.593
Administration publique générale.	191	
A reporter.		133.407

(1) Cf. *La population d'après les professions*, p. 383.

Report.		133.407
Barreau, notariat, gérances.	44	
Hygiène et médecine.	2.523	
Instruction et éducation	2.269	
Cultes	46	
Autres professions libérales.	40	
Beaux-arts.	261	
En tout, pour l'administration, les sciences et les beaux-arts.		5.374
Service personnel et autres professions		5.792
Nombre total.		144.573

Un document plus nouveau, en date du 9 août 1905, a donné le tableau des différentes entreprises exploitées en Suisse. « Une entreprise, c'est toute activité professionnelle s'exerçant dans un but lucratif. Toute personne se livrant dans ce but-là à une entreprise quelconque, agricole, industrielle, activité manuelle, commerciale, quel qu'en soit le chef immédiat, doit dès lors remplir un questionnaire. » Ce que nous retiendrons de cette vaste enquête, aussi précieuse et aussi soignée que les précédentes, ce n'est pas l'accroissement considérable du nombre des femmes actives (722.998 contre 414.454 en 1900). Lors du recensement de la population qui eut lieu à une époque de repos complet de toute activité agricole, 254.261 personnes du sexe féminin se portèrent sur la carte individuelle du recensement comme ménagères ou domestiques, alors qu'en août 1905 elles furent recensées comme occupées dans l'exploitation agricole.

Nous rechercherons seulement quels sont les modes les plus fréquents de l'activité de la femme,et par suite de l'épouse, et nous indiquerons les principales entreprises où elle se manifeste avec plus d'intensité, où elle est supérieure au travail de l'homme.

Genres d'entreprises	Hommes	Femmes	Proportion des femmes 0/0
Ganterie	»	53	100
Cravates et bretelles	»	20	100
Lingerie et chemiserie	11	1.682	99, 4
Vêtements de femmes et d'enfants	3	362	99,2
Tricotage	35	2.232	98,5
Tressage de la paille	287	5.068	94,6
Fabrication du tabac	48	341	87,7
Tissage d'étoffe de soie	1.708	10.770	86,3
Dentelles	6	37	86,0
Tissage et moulinage du coton	107	337	75,9
Broderie	9.867	25.220	71,9
Vêtements	534	1.338	71,5

L'industrie à domicile, bien qu'elle tende en Suisse comme partout ailleurs à être absorbée par la fabrique, jouit encore d'une grande vitalité : elle occupe 92.162 personnes dont 67.080 du sexe féminin. La broderie vient en tête de toutes les occupation qui s'exercent au foyer familial ; elle a son siège principal dans le canton de Saint-Gall et est aussi très répandue dans les deux Appenzell et dans le canton de Thurgovie. L'industrie de la soie est aussi fort développée ; comme le constate très justement la publication du bureau Fédéral, elle offre à la femme des campagnes et des vallées même les plus reculées l'occasion de contribuer aux charges du ménage.

III

Nous avons mis en lumière, dans le domaine de la théorie et dans le monde des faits, toute l'importance de la question que nous nous proposons d'étudier. Il nous reste maintenant à lui assigner des bornes précises, à *la situer à la fois dans le temps et dans l'espace*, à restreindre l'étendue de nos recherches afin d'en accroître l'intensité.

Nous laisserons de côté toute l'évolution qui a précédé le Code civil : elle a été bien souvent décrite (1), et nous pensons mieux faire en nous attachant à la période la plus récente qui est du reste la plus féconde. Il n'est pas nécessaire de remonter au droit romain ou à l'ancien droit pour découvrir des évolutions : nous avons en 1910, en France, notre *jus civile* et notre *jus praetorium*. Le premier, c'est notre vieux Code ; le second, c'est l'œuvre de notre jurisprudence, aussi novatrice que le magistrat romain. A côté de l'histoire traditionnelle qui étudie le passé et y découvre les sources du présent, il en est une autre qui s'éloigne plus de la chronique et qui tend à découvrir dans la société d'aujourd'hui les germes de la société de demain. Le rôle de la doctrine juridique est plutôt de cultiver la seconde forme de l'histoire : ses conclusions seront peut-être moins certaines, mais son initiative sera plus grande, et son action sur le développement de la pratique plus intense. Cette étude du droit moderne est d'autant plus captivante que la loi du 13 juillet 1907 a fait entrer la question de l'activité économique de l'épouse dans une phase nouvelle et qu'elle a constitué *la charte* de la femme mariée laborieuse.

Il semblera peut-être illogique, après avoir négligé une grande partie du passé national, de songer à approfondir les législations étrangères. Si nous avons cette pensée, c'est que, parmi les institutions d'un peuple, les unes sont en intime corrélation avec les influences historiques, les autres s'expliquent au contraire par le degré de culture atteint à un moment déterminé. Les premières sont les *produits d'une race* ; les secondes sont la *création d'une époque*. Ici l'examen approfondi de ce qui a été est la condition

(1) Cf. Paul Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*. Paris, 1885.

préalable et nécessaire pour comprendre ce qui est ; là, une connaissance sérieuse des législations contemporaines s'impose.

Or l'activité de la femme mariée est incontestablement un de ces phénomènes généraux dans l'espace, localisés dans le temps : conséquence du machinisme, elle se développe partout où la concentration industrielle se fait sentir ; elle se manifeste dans tous les pays qui ont atteint la phase du capitalisme et elle se fait reconnaître dans toutes les lois modernes.

Ainsi se trouve justifiée la place attribuée à la législation comparée. Comme le disait très bien M. Weiss (1) : « L'une des plus belles victoires du siècle qui finit et dont nous contemplons au bord de la Seine l'apothéose triomphale, a été l'élargissement de l'horizon humain. Les merveilleuses facilités offertes aux voyages, à la transmission de la pensée, ont transformé les conditions de l'existence ; elles ont rapproché l'homme de l'homme, elles ont diminué la terre. » En même temps que les diverses nationalités se pénètrent, les législations ne demeurent plus dans leur antique isolement. Il se produit entre deux codes voisins les mêmes influences qui s'exercèrent jadis si souvent entre deux coutumes dans la vieille France. Il devient rigoureusement vrai de dire avec Ihering : « La vie des peuples n'est pas une coexistence d'êtres isolés. Comme celle des individus dans l'état, elle constitue une communauté, elle se traduit en un système de contigence et d'action réciproque, pacifique et belliqueuse, d'abandon et d'appréhension, d'emprunt et de prêt : en un mot, elle constitue un gigantesque échange embrassant toutes les faces de l'existence humaine (2). »

(1) *Rapport au Congrès international de droit comparé* de 1900.

(2) *Esprit du droit romain*, t. I. — Cf. *quoque* Hayem *L'étude du droit civil comparé. Revue trimestrielle de droit civil*, 1906.

L'étude du droit comparé nous permettra donc de profiter des expériences réalisées à l'étranger, d'en suivre l'influence sur la vie pratique, d'en discerner les résultats économiques et sociaux. Nous serons en présence d'une véritable expérimentation qui nous révélera les règles les mieux adaptées à la société actuelle et nous rendra possible d'orienter dans la direction ainsi déterminée l'évolution de la jurisprudence nationale.

Une première conception (1) consiste à passer en revue le plus grand nombre de législations possibles, à parcourir la carte juridique tout entière, à examiner non seulement l'Europe, mais encore les pays musulmans et les Etats d'Amérique. A une encyclopédie toujours sommaire et souvent superficielle, nous préférons un coup d'œil moins vaste dans l'ensemble et plus soigné dans le détail qui retrouve en profondeur ce qu'il perd en étendue. Les Codes de l'Allemagne et de la Suisse seront les seuls dont nous exposerons les solutions : c'est, d'une part, que nous pourrons, pour l'un comme pour l'autre, recourir aux sources originales sans être obligé de passer par des ouvrages de seconde main ; c'est aussi que leurs dispositions, étant les plus récentes, paraissent les plus capables d'exprimer les besoins nouveaux. Le Bürgerliches Gesetzbuch (2), promulgué le

(1) Cf. Damez, *op. cit.*

(2) Dix ans après la promulgation du B. G. B., Laband écrivait dans la *Deutsche juristen Zeitung* : « Dix ans, c'est une bien courte période dans le développement du droit. Car le droit fuit lentement ; il ne s'élance pas en bouillonnant comme le torrent des montagnes, il avance peu à peu comme le fleuve gelé des glaciers. Mais les périodes de dix ans ne sont pas toutes égales : dans les unes, le droit paraît immobilisé comme un étang ; dans les autres, ce sont des époques remarquables dans le développement du droit. Celle qui vient de s'écouler appartient à ces dernières. C'est la plus éclatante de toute l'histoire du droit allemand en ce qui concerne le droit civil ; après

18 août 1896 et entré en vigueur le 1er janvier 1900, le Code civil suisse voté par l'Assemblée fédérale le 10 décembre 1907 pour devenir exécutoire le 1er janvier 1912, sont nés tous les deux dans la phase capitaliste ; ils ont pu tenir compte de circonstances économiques ignorées en 1804 et ils méritent par là même un long commentaire.

Le sujet une fois limité dans le temps et dans l'espace, nous devons en exposer la conception générale et en *déterminer le plan*. Le titre même que nous avons choisi exclut tout ce qui concerne le rôle domestique de l'épouse : tant que celle-ci reste au foyer et qu'elle se borne, suivant l'antique adage, à garder le feu, l'hostel et les enfants, il n'y a point à proprement parler d'activité économique. Elle conserve ce que le mari s'emploie à acquérir, mais elle ne crée pas, elle n'est pas un agent de production. Or l'activité économique suppose une manifestation extérieure ; elle ne produit pas en vue de satisfaire directement les besoins du groupe familial ; elle a l'échange pour but et pour raison d'être.

En dehors de cette restriction, très importante il est vrai, tous les aspects de la force de travail de l'épouse rentrent dans l'objet de notre étude. Il n'y a pas lieu de distinguer d'après la continuité avec laquelle elle s'exerce ou d'après la forme sous laquelle elle se traduit. C'est donc tout le champ de l'activité économique de la femme mariée que

un long effort, après un ardent désir, l'unité du droit privé dans l'Empire tout entier et la disparition des droits particularistes ont été atteintes. L'importance de cet événement a été chanté sur tous les tons ; son influence incommensurable, la plus inouïe dans le domaine du droit, a été décrite par les plumes les plus célèbres. »

En faisant la part de l'orgueil national, légitime du reste, nous nous associons à cet éloge qui explique la part importante réservée au droit allemand dans la suite de notre travail.

nous devons parcourir pour envisager les relations juridiques qui s'y développent, les prérogatives qui sont reconnues et les obligations qui sont imposées. C'est la question des intérêts pécuniaires de l'épouse en conflit avec ceux du mari ou des tiers ; c'est aussi, nous le montrerons dans notre conclusion, d'une façon moins immédiate, toute la théorie des rapports personnels des deux conjoints.

Tantôt la rémunération du labeur de l'épouse apparaît comme nettement séparée de tout élément étranger : ainsi en est-il du salaire de l'ouvrière, des appointements de l'employée, des droits d'auteur de la femme écrivain ou artiste. Tantôt, au contraire, les fruits du travail se trouvent pour ainsi dire fondus dans un ensemble complexe : ils sont incorporés par exemple dans le matériel et dans les marchandises, et ils perdent leur individualité. Cette distinction empruntée à la réalité des choses nous servira de base pour diviser notre thèse en deux grandes parties : dans la première, sous la rubrique « La femme ouvrière ou employée », nous rangerons tous les cas où l'estimation de l'activité économique de la femme ne présente aucune difficulté et est établie presque mécaniquement ; nous classerons dans la seconde, sous la rubrique « La femme commerçante », toutes les autres hypothèses. Sans doute les termes dont nous nous servons ne sont pas tout à fait adéquats aux personnes qu'ils désignent ; la classification ainsi faite ne sera pas absolument rigoureuse. Mais ce n'est pas là un défaut : il est impossible de faire entrer dans des cadres rigides la variété exubérante des espèces de la pratique. Les deux types que nous indiquons ne sont pas toujours nettement déterminés ; de l'un à l'autre existe toute une série de transitions insensibles. Le rôle de l'interprète, c'est d'ordonner les « germinations spontanées » que lui offre la vie réelle ;

ce n'est pas de les ramener à une unité logique qui méconnaîtrait la réalité.

Dans chaque partie nous exposerons successivement la législation des Codes français du début du XIX^e^ siècle et celle des Codes étrangers du commencement du XX^e^ ; puis nous établirons comment l'évolution, jurisprudentielle d'abord, législative ensuite, a rapproché les premiers des seconds.

Notre troisième partie et notre conclusion seront naturellement consacrées à la recherche et à l'appréciation des tendances qui se font jour dans la société d'aujourd'hui et qui pressentent les transformations de l'avenir.

PREMIÈRE PARTIE

LA FEMME MARIÉE OUVRIÈRE ET EMPLOYÉE

CHAPITRE PREMIER

LE RÉGIME DU CODE CIVIL

Au moment de la rédaction du Code (1), l'activité industrielle de la femme était encore inconnue. La civilisation avait dépassé la phase où l'épouse, à l'intérieur de la maison familiale, se livrait au tissage des vêtements ; elle n'avait pas encore atteint en France l'époque du machinisme où le travail féminin devait apparaître à nouveau, indépendant et facilement appréciable, transporté hors du foyer, absorbé par l'usine. Dans cet état économique, il était naturel que la situation de l'ouvrière et de l'employée fût soumise au droit commun, et que sa capacité juridique, ses prérogatives et ses obligations, fussent déterminées par les principes généraux de la loi civile. C'est cette conception que nous devons connaître pour une double cause : d'une part, elle est restée pendant plus d'un siècle la base de notre législa-

(1) Nous nous bornerons à des notions très générales sur le régime du Code civil ; il a déjà fait l'objet de nombreuses études, et, d'autre part, il ne présente plus à l'heure actuelle qu'un intérêt rétrospectif.

tion ; d'autre part, elle nous permettra de mieux comprendre l'influence de la loi du 13 juillet 1907.

Alors que le rôle de l'épouse dans le ménage lui est dévolu par la nature même et qu'il doit exister par le fait seul du mariage, en l'absence de tout pacte matrimonial, les droits de la femme mariée sur ses gains et salaires sont en intime corrélation avec le régime adopté. Or la réglementation de l'union des époux quant aux biens est des plus variables. L'unité, mathématique ou logique, est trop absolue pour se prêter à la diversité des besoins de la pratique, pour s'adapter à la relativité des influences de l'histoire. C'est le mérite du législateur de 1804 d'avoir appliqué ces idées en organisant non pas un seul régime matrimonial, mais quatre régimes fondamentaux : la communauté et le régime dotal pour ceux qui demeuraient fidèles aux traditions, les régimes de sans communauté et de séparation de biens pour ceux qui voulaient rompre avec le passé. Toutes ces règles sont du reste proposées sans être imposées, et la volonté des parties peut librement choisir entre ces régimes, même en dehors de ces régimes.

Ces considérations générales nous indiquent la méthode que nous devons suivre. Nous étudierons dans deux sections successives le régime de communauté avec ses modalités légales ou conventionnelles et les pactes exclusifs de communauté.

SECTION I. — Les régimes de communauté.

I

Le principe de l'article 1387 du Code civil ne supprimait pas la nécessité de déterminer la loi commune qui, à défaut de stipulation particulière, devait régir les rapports pécuniaires des époux. Il était à prévoir en effet que les frais

nécessités par l'intervention d'un officier public détourneraient de la rédaction d'un contrat la plupart des futurs conjoints. Or le mariage par lui-même crée des droits nouveaux qui demandent à être précisés ; il fait naître des charges nouvelles qu'il s'agit de répartir : il faut donc, comme le disait Duveyrier (1) le 9 février 1804, que la loi règle les droits et les intérêts de ceux qui ne pourront pas ou ne voudront pas les régler eux-mêmes. La communauté des meubles et acquêts fut choisie comme la convention à laquelle les époux s'étaient tacitement référés.

En 1906, pour 306.487 unions, il n'y eut que 78.706 contrats de mariage (2), c'est-à-dire une proportion de 25,68 0/0. Cette statistique établit de la façon la plus certaine l'importance pratique du régime que nous allons maintenant approfondir au point de vue spécial qui nous occupe.

Les salaires de l'ouvrière, les appointements de l'employée tombent dans le patrimoine commun, soit qu'on les regarde comme des objets mobiliers échus pendant le mariage (art. 1401, al. 1), soit qu'on leur applique la dénomination de fruits (art. 1401, al. 2). Or le Code, dans la réglementation de la communauté légale, se rattache à *deux idées fondamentales* : il consacre l'omnipotence presque absolue du mari sur les biens communs, et il accorde en compensation à l'épouse certaines garanties et certaines prérogatives.

En vertu du premier principe, le mari aura toute liberté pour toucher les produits du travail de la femme ; et, si celle-ci les reçoit en fait, ce ne sera qu'en raison d'un mandat implicite toujours susceptible d'être révoqué. Il peut

(1) Locré, *Législation civile et commerciale*, t. XIII, p. 325.

(2) *Bulletin de statistique et de législation comparée*, mars 1909 et février 1910. Le nombre des contrats de mariage a été de 76.528 en 1907, il a atteint en 1908, 77.125 portant sur une valeur de 1.215.086.364 fr.

les administrer, en jouir, en disposer sans le concours de sa femme. Il exerce sur eux toutes les attributions du propriétaire, l'usus, le fructus, l'abusus ; il lui est loisible de les gaspiller pour ses besoins, pour ses plaisirs, pour ses passions. Bien plus, il lui appartient d'abandonner ses enfants et de ne revenir qu'à des périodes déterminées faire main basse sur tout l'argent qu'il trouve au logis : les articles 1421 et 1422 lui en donnent le droit.

Même en s'abstenant de toute brutalité, il peut dépouiller indirectement la famille des fruits du labeur de l'épouse en contractant des dettes qui engageront tous les biens de la communauté (art. 1409, al. 2). Comme le dit M. Tissier (1), « le mari peut s'emparer des économies, des meubles du ménage, tout donner ou tout vendre. Ses créanciers peuvent tout saisir, même le fruit du travail et de l'épargne de la femme. »

Le second principe que nous avons signalé se manifeste dans la loi par de multiples conséquences. Pendant l'union conjugale tout d'abord, la séparation de biens est possible, d'après l'article 1443, lorsque la dot de l'épouse est mise en péril et aussi lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme. La jurisprudence et la doctrine ont admis une interprétation extensive du mot dot, et autorisé la séparation de biens, non seulement lorsque la femme a fait un apport, mais encore lorsqu'elle invoque ses droits éventuels à la dissolution de la communauté.

D'autre part, lors de la cessation du régime matrimonial, l'existence de l'hypothèque légale, la théorie des récom-

(1) Rapport cité, p. 41.

penses et des prélèvements, le mode spécial d'exercice de ses reprises garantissent à l'épouse le recouvrement de ses biens propres ; la renonciation et le bénéfice d'émolument sont une protection des plus sérieuses contre les créanciers du mari et de la communauté. Le système (1) du législateur de 1804 paraît équitable : si la femme a moins de droits au cours du mariage, elle a aussi moins de responsabilité ; elle a la faculté de limiter les risques à l'actif qu'elle recueille et même de les supprimer totalement.

Mais, en réalité, lorsqu'il s'agit de l'ouvrière ou de l'employée, l'équilibre organisé par le Code est totalement rompu. D'une part, en effet, les droits du mari subsistent dans leur intégralité, les abus sont même susceptibles de se produire plus fréquemment ; de l'autre, les sûretés sont totalement anéanties. C'est que toute la construction législative repose sur le *double postulat* que l'épouse a des biens propres et que le patrimoine du mari comprend des immeubles. Ces deux conditions font-elles défaut, les reprises perdent leur objet, l'hypothèque légale n'a plus d'assiette, et la puissance maritale demeure absolue, sans aucun contrepoids pour en modérer l'exercice et en réprimer les excès. La séparation de biens elle-même, l'ultimum subsidium, « avec ministère d'avocat, d'avoué, d'huissier, renvoi devant un notaire, ne peut profiter à la femme de l'ouvrier ».

Telle est, sous le régime de droit commun, la condition juridique de l'épouse par rapport aux produits de son travail ; et cette situation est la même pour les salaires de l'ouvrière, pour les gages de l'employée, pour les honoraires de la femme médecin ou avocat.

(1) Cf. Henri Lalou, *Droits de la femme mariée sur les produits de son travail et les produits du travail de son mari depuis la loi du 13 juillet 1907*. Paris, 1910, n° 2.

II

Parmi les modifications conventionnelles de la communauté, la seule véritablement importante au point de vue pratique, est la *communauté réduite aux acquêts*. Plus restreinte dans son étendue que le régime légal, elle absorbe moins complètement le patrimoine de la femme et répond mieux aux besoins modernes. C'est ce qui explique qu'en 1898 elle était stipulée dans 67.288 contrats de mariage sur 82.436, c'est-à-dire dans les 8/10 des pactes matrimoniaux. Mais lorsqu'il s'agit de déterminer les droits de la femme sur les produits de son travail, nous retrouvons les mêmes principes que dans la communauté légale. L'article 1498 du Code civil range expressément parmi les biens communs les acquêts faits par les époux ensemble ou séparément dans le mariage et provenant de l'industrie commune.

La seule controverse intéressante qui existe du reste dans les mêmes termes sous le régime légal est relative au sort qui doit être réservé à la *propriété littéraire ou artistique*. Une hypothèse pratique célèbre est venue donner à la discussion un aliment nouveau et séparer en deux partis nettement opposés, à la fois la doctrine et la jurisprudence. D'après une première théorie (1), le droit d'auteur ne tombe pas en communauté. La loi du 14 juillet 1866, lorsqu'elle accorde pendant cinquante ans la jouissance des droits d'auteur au conjoint survivant « quel que soit le régime matrimonial et indépendamment des droits qui peuvent résulter en faveur du conjoint du régime de la communauté », ne tranche pas la question théorique. Son seul but est de fixer la durée de

(1) *Du caractère personnel de certains droits, et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté*. Paris, 1902.

la protection légale, et elle s'en réfère pour tout le reste à la législation antérieure.

La loi du 19 juillet 1793, sans tenir compte du conjoint, attribuait le droit exclusif de céder et de vendre la propriété littéraire et artistique à l'auteur, sa vie durant, et à ses héritiers pendant dix ans après son décès. Le décret du 5 février 1810 sur la réglementation de l'imprimerie et de la librairie vint décider, dans son article 39, que « le droit de propriété est garanti à l'auteur et à sa veuve pendant leur vie, si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnent le droit, et à leurs enfants pendant vingt ans ». Que résulte-t-il de ce texte, sinon que trois droits se succèdent sans se pénétrer ? Ce système est tout à fait inconciliable avec l'attribution du droit d'auteur à la communauté.

Le texte de la loi de 1866 règle de droit du conjoint survivant, indépendamment de la communauté, c'est-à-dire sans déroger pour ce régime aux avantages résultant des lois antérieures.

D'autre part, le droit d'auteur n'ayant pas été envisagé par notre Code civil, l'interprète retrouve sa liberté d'action. Le rôle du juge est alors non pas de se reporter à plus d'un siècle en arrière (1) pour deviner ce qu'aurait décidé Portalis ou Tronchet, mais de se placer dans le milieu moderne pour rechercher ce que ferait le législateur d'aujourd'hui, d'étudier les besoins nouveaux et légitimes pour leur donner satisfaction.

La Cour de Paris, dans son arrêt rendu le 1er février 1901 sur l'affaire Lecocq (2), s'est ralliée à cette thèse ; et son raisonnement mérite d'être rappelé ici.

(1) Cf. les déclarations de M. Ballot-Beaupré dans le *Livre du Centenaire*.

(2) S. 1900.2.221 (note de M. Saleilles), D.1903.1.7.

« Considérant qu'une œuvre musicale, éditée ou représentée, ne constituait pas, d'après les lois des 13-19 janvier 1791 et 19-24 juillet 1793, un bien susceptible d'un droit de propriété tel qu'il existait alors et sous la législation antérieure, mais donnait seulement à son auteur des droits spéciaux temporaires et différents du droit absolu de propriété perpétuelle ; Considérant dès lors que le Code civil, qui n'a rien modifié à cet égard, n'a pu les assimiler à la propriété ordinaire et de droit commun qu'il organisait, ni les confondre avec elle et les comprendre dans les biens, meubles ou immeubles, de son article 516 ; qu'il n'a pu davantage les laisser en oubli, et qu'en conséquence il les a, par son silence, spécialement à l'article 519, exclus de sa classification ; Considérant que les décrets et lois particulières... ont protégé, réglementé et étendu ces droits, mais sans en changer la nature légale ;... Considérant, en définitive, que ces droits n'ont été et ne sont restés que des privilèges exclusifs d'exploitation temporaire ; qu'ils demeurent donc à côté des classifications du Code civil et que la question de savoir s'ils tombent ou non dans la communauté des deux époux ne trouve pas sa solution aux articles 516 ou 517, 1401 ou 1498 du Code civil. »

Ces prémisses une fois posées, la Cour de Paris arrive à la conséquence que la propriété des œuvres musicales composées et éditées au cours de la communauté ne tombe pas dans la masse commune, et que seul le produit de ces œuvres jusqu'au jour de la dissolution du mariage entre dans la composition du patrimoine commun.

A ce système d'interprétation libérale s'oppose naturellement la méthode classique qui reconnaît au législateur la faculté de tout prévoir. Le syllogisme est son arme principale, et elle ne manque pas de s'en servir ici. La classifica-

tion des meubles et des immeubles qui, au point de vue rationnel, devrait être limitée aux choses corporelles, est étendue aux droits eux-mêmes. On peut dès lors établir le raisonnement suivant :

Majeure : Sont meubles les droits dont l'objet est mobilier.

Mineure : La propriété littéraire tend à réaliser des profits pécuniaires — meubles par excellence.

Conclusion : La propriété littéraire est un meuble.

Et ce premier syllogisme sert lui-même de point de départ à un second :

Tous les meubles tombent dans la communauté légale. La propriété littéraire est un meuble.

Donc elle tombe dans la communauté légale.

Les mêmes déductions s'appliquent à la communauté d'acquêts pour toute propriété littéraire exercée au cours du mariage.

Cette opinion invoque de plus en sa faveur la loi du 14 juillet 1866 : en accordant un droit de jouissance au conjoint survivant indépendamment des droits résultant pour lui de la communauté, ce texte indique nettement que le régime de communauté conférait déjà des avantages au conjoint, et ces avantages, c'était la moitié en pleine propriété des œuvres de l'époux prédécédé.

Cette argumentation, moins séduisante que la première au point de vue théorique, a reçu cependant par deux fois la consécration très nette de la Cour suprême. Un arrêt (1) du 16 août 1880 distingue les produits du droit d'auteur et le droit d'auteur lui-même, mais il attribue celui-ci comme ceux-là à la masse commune.

(1) S. 81.1.25 (note Lyon-Caen), et D. 81.1.25.

Attendu, nous dit l'arrêt, qu'il résulte des dispositions des articles 1401 et 1498 que toute valeur mobilière, quelle qu'en soit l'origine ou la cause d'acquisition pour les époux, tombe dans la communauté ; Attendu qu'une production de l'esprit, dès qu'elle est manifestée par une forme extérieure, constitue un bien susceptible de propriété et soumis dès lors à l'application des règles du droit ; Attendu que le droit de l'auteur sur son œuvre s'appliquant à un objet purement mobilier doit, aux termes de l'article 517 du Code civil, être considéré comme valeur mobilière ; Qu'à ce titre, ce droit lui-même envisagé dans son principe et comme source de produits fait partie de l'actif de la communauté. »

Une décision plus récente rendue dans l'affaire Lecocq (1) admet, en invoquant des motifs légèrement différents de ceux de 1880, que le droit d'auteur tombe en communauté. Elle reproduit bien l'argument tiré de la loi du 14 juillet 1866 ; mais elle ne s'occupe plus de la question de savoir si la propriété littéraire est un meuble ou un immeuble, et elle se borne à déclarer « qu'aux termes de l'article 1498 du Code civil, les produits de l'industrie des époux font, dans la communauté d'acquêts, partie de l'actif de la communauté, et que cette disposition, conçue en termes généraux, n'établit aucune distinction entre les bénéfices dérivant d'une exploitation industrielle ou commerciale et les avantages pécuniaires attachés à l'exploitation des œuvres de l'esprit ». C'est toujours l'application des vieux adages de la méthode traditionnelle : *ubi lex non distinguit, non distinguere debemus.*

La conclusion pratique, c'est que la masse partageable doit comprendre le monopole d'exploitation afférent aux

(1) 25 juin 1902, S. 1902.1.305 (note Lyon-Caen), et D. 1903.1.5 (note A. Colin). — *Adde* Palmade, *op. cit.*, p. 83 à 162.

œuvres publiées au cours du mariage soit par la femme, soit par le mari.

A la veille de la loi du 13 juillet 1907, dans tous les régimes communautaires, les salaires de l'ouvrière, les gages de la domestique, les traitements de la fonctionnaire, les droits d'auteur de la femme artiste ou écrivain et les émoluments de ces droits avaient le caractère de biens communs. En leur qualité de meubles, ils étaient soumis entièrement aux pouvoirs du mari qui en était non seulement usufruitier, mais en fait et en droit propriétaire presque absolu.

SECTION II. — Les pactes exclusifs de communauté.

Dans les articles 1529 à 1583, le Code civil organise trois régimes qu'il propose à l'adoption des futurs époux, le régime sans communauté, la séparation de biens, et le régime dotal.

I. — *Le régime sans communauté* se caractérise par ce fait que la femme demeure propriétaire de tous ses biens, mais qu'elle en abandonne au mari l'administration et la jouissance. Il devient dès lors très important d'établir le caractère exact des salaires de l'épouse. Les considère-t-on comme les fruits de l'activité, ils sont censés appartenir au mari pour soutenir les charges du mariage Les regarde-t-on comme un capital, ils restent la propriété de la femme qui, après avoir satisfait aux besoins du ménage, en conserve la libre disposition.

La deuxième solution est la plus conforme à la fois aux exigences de l'équité et aux principes du Code. Il est juste que la femme garde comme propre ce qu'elle a conquis par son labeur. Peut-être n'a-t-elle stipulé le régime de sans

communauté que pour échapper à la mainmise absolue de son conjoint sur ses salaires. D'autre part (1) la comparaison des deux articles 1498 et 1530 confirme cette interprétation. Alors que le législateur fait rentrer dans la communauté d'acquêts les produits de l'industrie à côté des fruits, il ne soumet aux droits du mari dans l'article 1530 que les fruits des biens de l'épouse. « On ne nous dit point qu'il ait les bénéfices de son industrie ; donc il ne les a pas. Ce rapprochement est décisif. »

Nous n'insisterons pas davantage sur ce régime qui est peu répandu dans la pratique française (1.698 contrats de mariage sur 82.346 l'avaient (2) adopté en 1898).

II. — *La séparation de biens* substitue à la concentration plus ou moins complète des patrimoines du mari et de la femme leur isolement absolu. Après comme avant l'union, l'épouse conserve non seulement la propriété, mais aussi l'administration et la jouissance de tout ce qui lui appartient. Elle doit seulement subvenir aux charges du ménage dans une proportion qui, en l'absence de toute stipulation particulière, est du tiers des revenus. Elle a donc toute liberté pour recevoir ses salaires et les employer à son gré ; il lui est loisible d'acquérir des meubles ou des immeubles. Mais, lorsqu'il s'agira plus tard d'aliéner ces immeubles, de disposer de ces meubles en dehors des limites du droit d'administration, une autorisation du mari ou de justice sera nécessaire : l'incapacité reparaîtra.

II. — *Le régime dotal* n'est que la juxtaposition des deux régimes précédemment étudiés : il partage le patrimoine

(1) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, t. III, p. 12.

(2) Cf. *Bulletin de Statistique et de Législation comparée*, 1899, p. 145 à 150.

de la femme en deux grandes catégories de biens, les uns dotaux, les autres paraphernaux ; il soumet les premiers au régime de sans communauté, les seconds à la séparation de biens.

Quelle qualité reconnaître aux produits du travail de l'épouse ? Trois grandes théories se sont fait jour. D'après Troplong, l'industrie (1) étant un bien rentre dans la constitution de dot, soit de biens présents, soit de biens présents et à venir. Les produits de l'activité sont par suite des fruits dotaux régis par l'article 1549 du Code civil.

Pour MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, cette solution est trop absolue. Il y a lieu de distinguer selon que les salaires sont consommés au jour le jour ou qu'au contraire ils sont économisés. « Dans le premier cas (2) il n'est dû à la femme aucune récompense, pas plus qu'une récompense ne lui serait due si elle avait constitué en dot le droit à un bail... dont le mari aurait perçu les fermages. Dans le second cas, les produits capitalisés de l'industrie seront dotaux comme biens mobiliers à venir. Le mari en a la jouissance, mais il en doit la restitution. »

Enfin, selon M. Demolombe, l'activité de la femme est une qualité inhérente à sa personnalité qui ne peut en aucune hypothèse faire l'objet d'une constitution de dot, même comprenant les biens à venir. C'est la théorie qui nous semble la meilleure au point de vue pratique, et c'est peut-être aussi celle vers laquelle s'achemine la jurisprudence, après de nombreux tâtonnements. Alors que le 13 février 1884, la Cour de cassation décidait en termes

(1) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. III, p. 188 et seq.
(2) *Op. cit.*, p. 189.
(3) Voir la démonstration dans l'article de M. Degois. *Revue critique* de mai 1908. — Cf. S. 86.1.15 (note Chavegrin) et D. 84.1.325.

formels que « la constitution en dot de tous les biens présents et à venir comprend dans sa généralité tous les fruits et produits de l'industrie exercée par la femme », la jurisprudence moderne tend à admettre que la constitution des biens à venir ne frappe pas les acquisitions à titre onéreux. « Les immeubles cédés à la femme mariée sous le régime dotal en paiement de créances non dotales restent paraphernaux alors même que la constitution de dot comprendrait tous les biens présents et à venir », déclare un arrêt (1) de la Cour de cassation du 18 janvier 1892.

Or les produits du travail de l'épouse se rapprochent incontestablement plus des acquisitions à titre onéreux que des enrichissements gratuits. Il y a eu une prestation fournie en échange du salaire, et celui-ci doit par suite demeurer paraphernal.

Le plus souvent, les divers régimes que nous venons d'étudier ne sont pas aussi nettement séparés dans la pratique qu'ils le sont dans la loi. Il se produit entre eux une pénétration réciproque constante qui combine les conceptions les plus opposées dans leurs principes. C'est qu'en réalité (2) les pactes nuptiaux sont moins des blocs homogènes que des réunions d'éléments, susceptibles d'être dissociés par l'analyse, puis combinés de façons fort différentes. La communauté dont l'idée fondamentale est l'existence d'une masse de biens à partager entre les deux conjoints ou leurs ayants droit s'allie au régime dotal (3) et même à la séparation de biens (4) ; l'inaliénabilité frappe les propres

(1) D. 92.2.531.

(2) Cf. Roguin, *Le régime matrimonial*. Lausanne, 1905, p. 8 et 9, 54 et 55.

(3) Cass., 25 janvier 1904, S. 1904.1.305 (avec une note de M. Lyon-Caen), et D. 1904.1.105 (avec une note de M. Guillouard).

(4) Cass., 5 mai 1905, S. 1905, sommaires, 1.41, et D. 1907.1.305.

d'une femme mariée sous un régime communautaire. Ainsi, sous ces influences multiples et en apparence contradictoires, s'élabore peu à peu un régime contractuel intermédiaire qui emprunte aux autres leurs garanties en évitant leurs dangers. De ces modifications de la loi par la vie se dégage une conséquence curieuse : c'est que *les produits du travail de l'épouse tendent de plus en plus à être attribués à la communauté*. Ce sont en effet les premiers biens que déclarent communs ceux qui veulent tempérer l'isolement d'un régime séparatiste ; ce sont d'autre part les dernières valeurs que songent à exclure ceux qui condamnent les exagérations de la communauté légale.

Mais, en sens inverse de cette tendance juridique, se développait avec une intensité croissante, un courant économique dont nous devons suivre les effets dans les deux codes les plus récents, dans le Code civil allemand et dans le Code civil suisse.

CHAPITRE II

LA FEMME MARIÉE OUVRIÈRE OU EMPLOYÉE EN ALLEMAGNE ET EN SUISSE.

Alors que l'épouse de 1804 demeurait en la maison du mari, qu'elle se bornait à conserver ce que le chef du ménage s'employait à acquérir, la femme de la fin du XIX^e^ siècle et du commencement du XX^e^ s'est trouvée attirée hors du foyer familial par des causes multiples que nous avons déjà signalées. La substitution de l'électricité à la vapeur accentue encore ce mouvement ; la force musculaire du travailleur devient de moins en moins nécessaire, et le rôle de l'ouvrier est surtout de commander aux machines. D'autre part, l'instruction de la femme qui se développe dans de nombreuses écoles professionnelles, qui peut même se poursuivre aujourd'hui dans presque toutes les Facultés allemandes, lui permet de prétendre à de nombreuses carrières. *L'activité économique remplace de plus en plus l'ancienne activité ménagère* ; l'indépendance de l'épouse s'affirme dans les faits : il nous faut rechercher comment elle a été traduite dans la loi par les législateurs de 1896 et de 1907.

SECTION I. — La conception du Vorbehaltsgut dans le Code civil allemand.

Les rédacteurs du B. G. B. se trouvaient en présence de deux courants contradictoires, analogues à ceux qui s'étaient

manifestés en France lors de la rédaction du Code civil. D'une part l'unité de législation était réclamée à la fois par les conceptions politiques et par les besoins pratiques. Le mariage, si étroitement lié à toutes les autres branches du droit, exigeait lui aussi la substitution d'une réglementation unique pour tout l'empire à l'état fragmentaire (1) (zersplittener Rechtszustand) des législations locales. D'autre part les influences de l'histoire étaient trop multiples pour se plier toutes à une règle uniforme. La longue lutte des textes romains contre les traditions coutumières, avec leurs victoires et leurs défaites plus ou moins accentuées d'après les époques et selon les lieux, avait abouti à créer une carte juridique des plus bigarrées.

Pour concilier les exigences de l'unité du présent et de la diversité du passé, le Code de 1896 institue un régime légal, mais il permet d'y déroger par des conventions particulières et il organise même une série de régimes subsidiaires.

§ 1. — Le Vorbehaltsgut sous le régime légal.

Les biens des époux peuvent, au point de vue théorique, être gouvernés par trois systèmes bien différents. Tantôt il y a fusion des patrimoines, et le mari exerce sur une masse commune plus ou moins vaste tous les pouvoirs d'un propriétaire. C'est la caractéristique des régimes communautaires : unité de propriété et unité d'administration. Tantôt, au contraire, chaque conjoint conserve non seulement la gestion, mais la disposition de ses biens : c'est la dualité de patrimoines avec dualité d'administration admise dans les types séparatistes. Enfin une troisième conception

(1) Schmidt und Habicht, *op. cit.*, t. I, p. 181 et seq.

cherche à « réaliser (1) le compromis désirable entre l'extrême quelque peu vertigineux de l'indépendance absolue et la sujétion excessive d'une unification intégrale, décidément devenue trop inégale aux besoins de l'heure présente ». Elle emprunte au second groupe la dualité des patrimoines, et au premier l'unité d'administration ; selon l'expression de Bluntschli, c'est un régime de *séparation au point de vue interne et d'unité au point de vue externe* (System zweier innerlich unterschiedener aber äusserlich ungezweiter Güter).

La femme conserve la propriété de ses biens au même titre que le mari ; mais leur administration et leur jouissance sont transférées au chef de l'union conjugale pour l'aider à soutenir les charges du ménage. C'est en ce sens que le patrimoine de l'épouse forme un bien d'apport (eingebrachtes Gut), une dot, soit qu'il existe lors de la célébration du mariage, soit qu'il naisse au cours de la vie commune (art. 1363). Il est à l'abri des créanciers du mari, du moins en ce qui concerne la nue-propriété ; il n'est soumis aux créanciers de l'épouse (2) que pour les dettes antérieures au mariage, pour les obligations contractées avec l'assentiment du mari ou nées d'un délit ou d'une obligation légale (art. 1399 et 1412). Mais lorsqu'il s'agit de disposer du bien d'apport, le concours des époux devient nécessaire. D'une part, en effet, l'article 1375 décide que le droit du mari ne lui permet pas de disposer seul de l'eingebrachtes Gut sans le consentement de la femme ; d'autre part, l'article 1395 impose à l'épouse l'autorisation (Einwilligung de son conjoint. Ainsi s'explique la dénomination

(1) Gény, 1902, *op. cit.*, p. 197.

(2) Léon Lyon-Caen, thèse, p. 160. — Cf. la critique de ce régime dans Menger, *Das B. G. B. und die besitzlosen Klassen*, p. 45 à 49.

de communauté d'administration (Verwaltungsgemeinschaft), attribuée au régime légal. « C'est la trace indiscutable et le contre-coup du principe de la Gesammte Hand (1), de la notion que les époux, comme tous associés vivant en commun, doivent unir leurs mains, concourir pour disposer du patrimoine familial. »

A ces règles générales vient déroger l'institution des biens réservés (Vorbehaltsgut), conception originale et intéressante du B. G. B., que nous devons étudier successivement dans ses sources et dans ses effets.

A. *Les sources des biens réservés.* — Dernburg, dans son *Commentaire de droit civil*, assigne au Vorbehaltsgut trois origines : la loi, la volonté des parties et la subrogation. Nous adopterons cette division tripartite ; sans doute la subrogation ne produit de conséquences qu'en vertu de la loi, mais elle mérite une place spéciale parce qu'elle s'étend à la fois à tous les cas de Vorbehaltsgut (art. 1366 à 1370).

a) *En vertu de la loi*, rentrent dans les biens réservés les choses destinées exclusivement à l'usage personnel de la femme. Les premiers projets ne visaient que les bijoux et les vêtements ; la commission du Reichstag, plus soucieuse de la situation de la femme ouvrière ajouta les instruments de travail (Arbeitsgeräte). De plus, alors que les propositions primitives attribuaient ces objets au bien d'apport sauf à exclure le droit de jouissance du mari sur eux, la commission a définitivement supprimé cette espèce de compromis entre l'eingebrachtes Gut et le Vorbehaltsgut. Elle a reconnu par suite la libre disposition de l'épouse et supprimé l'obligation d'entretien du mari (2) (art. 1384) relativement à ces biens.

(1) Léon Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 161.
(2) Schmidt und Habicht, *op. cit.*, t. I, p. 191.

Les conditions requises pour l'application de l'article 1366 sont assez nombreuses. Il faut tout d'abord qu'il s'agisse de *choses corporelles et mobilières*, ce qui exclut les immeubles et aussi les droits. Même lorsqu'il s'agit de prérogatives juridiques qui ne peuvent être exercées que par l'épouse, elles restent soumises à l'article 1363 et font partie du bien d'apport ; ainsi en serait-il par exemple pour la servitude personnelle d'habitation visée par l'article 1093. L'argent, bien qu'il soit de nature mobilière, ne peut en aucun cas rentrer dans ce paragraphe.

Il est nécessaire, d'autre part, que la chose, ainsi déterminée au point de vue objectif, soit *la propriété de la femme*. Mais il importe peu qu'elle ait été acquise avant ou après le mariage (1), à titre gratuit où à titre onéreux, entre-vifs ou à cause de mort. Elle peut avoir été fournie par le mari ou par un tiers avec le bien d'apport ou avec le bien réservé. La loi pousse même encore plus loin ses faveurs, et elle détruit ici la présomption établie par l'article 1362, al. 1. Alors que d'une façon générale il est présumé en faveur des créanciers du mari que tous les meubles et particulièrement les titres au porteur et les titres à ordre revêtus d'un endossement en blanc sont la propriété du mari, le législateur crée dans l'article 1362 al. 2 une présomption inverse : les biens exclusivement destinés à l'usage personnel de l'épouse sont non seulement soustraits à la règle de l'article 1362 al. 1, mais ils sont encore présumés appartenir à la femme, tant dans les rapports des époux entre eux que dans leurs relations avec les créanciers. Il ne suffirait pas que ces objets aient appartenu précédemment à une parente décédée et qu'ils soient encore dans l'armoire : le

(1) Wieruszowski, *op. cit.*, II, p. 235.

texte nous parle en effet expressément de l'usage de la femme elle-même (der Frau) et non de celui d'une femme quelconque.

Une dernière condition qui relie les deux précédentes consiste dans *l'affectation du bien à l'usage personnel de l'épouse*. Nous distinguerions volontiers une affectation objective résultant de la nature même de l'objet considéré et une affectation subjective exigeant une intention de la femme. En vertu de la première idée rentrent dans le patrimoine réservé les vêtements de la femme, ses instruments de couture, de tricotage, de broderie. S'il s'agit de machines qui peuvent aussi bien servir aux deux conjoints, il est alors nécessaire de rechercher si en réalité elles sont consacrées à l'usage de l'épouse.

Ces dispositions ne s'appliquent pas au mobilier de la maison, ni à la batterie de cuisine, alors même que la femme s'occuperait personnellement de la préparation des aliments : il y aurait là des biens d'apport.

La seconde application du Vorbehaltsgut légal est prévue par l'article 1367 du B. G. B. qui réserve à l'épouse ce qu'elle gagne par son travail ou par l'exploitation indépendante d'une entreprise de caractère lucratif. Suivant l'expression de M. Gény, ce texte est le « centre pratique » de toute l'institution des biens réservés. Bien que la notion de l'Erwerbsgeschäft ne comprenne pas exclusivement l'activité de la commerçante, nous croyons préférable, pour ne pas nous répéter, de rejeter dans notre deuxième partie tout ce qui concerne cette théorie dans le droit allemand.

Nous étudierons par suite seulement le premier paragraphe de l'article 1367, « *ce que la femme acquiert par son travail* ».

L'évolution (1) suivie à cet égard est des plus intéressantes. D'après le droit du Sachsenspiegel (2), les produits du travail de la femme appartenaient sans distinction au chef de l'union conjugale. Le Code civil saxon, rédigé en 1863, limite le principe du droit antérieur aux prestations faites par l'épouse dans l'industrie ou dans la maison du mari ; le gain provenant d'un labeur indépendant demeure la propriété de celle qui l'a mérité, mais il est soumis en tant qu'Ehegut à l'administration et à la jouissance du mari. C'est ce que décidait le paragraphe 1668 dans les termes suivants : « Ce que la femme acquiert par ses services, en dehors de l'entretien de la maison et de la collaboration à l'industrie du mari, lui appartient pour la propriété ; le mari en a l'administration et la jouissance.

Le B. G. B. de 1896 est allé plus loin et il a soustrait au mari non seulement le droit de disposition du propriétaire, mais les droits de l'usufruitier.

Sans doute, en vertu de l'article 1356, l'épouse est obligée d'apporter son concours au travail du mari et de se livrer aux travaux manuels du ménage (Hauswesen), autant qu'une telle activité est reconnue par l'usage d'après la situation sociale des époux. Les bénéfices qu'elle réalise dans ce cercle d'action sont attribués au mari. Mais, sauf cette restriction, l'indépendance économique de la femme est consacrée par la législation nouvelle qui lui permet à la fois de louer ses services sans l'autorisation maritale et de disposer librement de ses salaires. Comme le dit Hachenburg, dans les ménages ouvriers où on ne rédige pas de contrat de mariage parce qu'aucune des deux parties ne

(1) Wieruszowski, *op. cit.*, p. 237 et suiv.

(2) Recueil rédigé entre les années 1215 et 1218 par Eipe von Repgow. — Cf. L. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 21.

possède un patrimoine qui vaille la peine d'être nommé (nennenswerth), le fondement de l'autonomie économique de l'épouse se trouve dans l'article 1367.

Le travail, c'est toute activité exercée en vue d'un gain sans intention de réaliser une source continue de bénéfices ; c'est une extériorisation de force vers un but. Peu importe, qu'il s'agisse (1) de l'utilisation des richesses du sol, de la production ou de la découverte de biens nouveaux, de l'amélioration de biens existants. Tout accroissement de patrimoine dont l'obtention est en corrélation avec une prestation de travail de l'épouse tombe dans le Vorbehaltsgut. La rémunération convenue expressément ou tacitement, à l'heure ou à la tâche, en argent ou en nature, tombe sous l'article 1367. Il en est de même des pourboires et des présents d'usage (Weihnachtsgaben).

Par contre, les acquisitions résultant d'un échange, d'un louage sont exclues des biens réservés. Les produits du travail antérieur au mariage demeurent soumis au droit commun et deviennent des biens d'apport ; et même les fruits d'une activité illicite (prostitution, jeu ou pari) font partie de l'Ehegut.

Une observation générale, commune à l'article 1366 et à l'article 1367, doit être présentée ici. L'institution des biens réservés légaux *n'est pas d'ordre public* : une disposition du contrat de mariage peut donc modifier sur ce point le régime légal et attribuer à l'eingebrachtes Gut soit les instruments de travail, soit les fruits du labeur de l'épouse. Mais en fait l'usage du pacte matrimonial est aussi peu répandu en Allemagne qu'en France. Une enquête entreprise par M. Léon Lyon-Caen (2) a démontré que pour des

(1) Cf. Wieruszowski, *loc. cit.*

(2) M. Léon Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 377 et seq.

raisons à la fois pécuniaires et morales, la plupart des futurs conjoints s'abstiennent de passer un contrat. Le Grand-Duché de Hesse notamment fournit une statistique des plus intéressantes. La proportion des époux mariés sous le régime légal est de 91, 2 0/0 dans les régions auparavant soumises à la communauté d'acquêts, de 88 0/0 dans la Hesse Rhénane où régnait la communauté du droit français, de 67, 4 0/0 dans les contrées régies jusque-là par la communauté universelle.

On peut donc soutenir sans exagération que la classe ouvrière ignore les modifications conventionnelles de la Verwaltungsgemeinschaft et admettre avec Planck que le régime matrimonial est devenu pour l'ouvrière la séparation de biens.

b) Le patrimoine réservé de l'épouse est susceptible de s'accroître tant par la *volonté des époux* que par celle *des tiers*. L'article 1368 permet en effet aux futurs conjoints de déclarer par contrat de mariage certains biens, réservés à la femme. Les formalités requises par le paragraphe 1434 doivent alors être observées, et la présence simultanée des deux parties devant le tribunal ou devant un notaire est imposée à peine de nullité (art. 125). La convention peut être postérieure au mariage ; elle peut aussi faire dépendre la qualité de bien réservé de la réalisation d'une condition suspensive, sa disparition de la défaillance d'une condition résolutoire.

Cette création de Vorbehaltsgut (1) peut avoir pour objet soit des biens particuliers, soit un ensemble de biens déterminés. Ce sera par exemple la propriété d'une maison, celle d'un héritage advenu à l'épouse ; ou bien il s'agira d'un

(1) Wieruszowski, *op. cit.*, t. II, p. 206 et seq.

droit de jouissance des loyers d'une maison, des fermages d'une terre. Il est également possible de réserver à l'épouse le gain qu'elle compte obtenir dans une affaire déterminée, ou la succession qu'elle a en vue grâce à un pacte entre cohéritiers. Mais ne serait pas admise la stipulation comme bien réservé de la moitié ou du tiers du patrimoine de l'épouse ; il faut une indication précise des éléments de la femme soustraits aux droits d'administration et de jouissance du mari. Si les conjoints déclaraient Vorbehaltsgut tout ce qu'ils possèdent lors de l'union et tout ce qu'ils acquerront plus tard, le contrat ne serait pas nul, mais il vaudrait comme adoption du régime de la séparation de biens. Au contraire les biens présents peuvent être soumis aux dispositions des articles 1371 et suivants sans entraîner la disparition du régime légal : l'eingebrachtes Gut subsiste pour suivre les règles de droit commun.

Le mot Vorbehaltsgut n'est pas un terme solennel dont l'emploi est imposé à peine de nullité. La clause qui enlève un bien à l'administration et à la jouissance du mari entraîne les mêmes conséquences. Bien plus, d'après la théorie soutenue par Wieruszowski, l'exclusion d'un seul de ces deux éléments aboutit à un résultat identique. L'article 1363 parle à la fois de l'administration et de la jouissance du mari, et c'est seulement leur réunion qui crée le régime légal et engendre les effets prévus par la loi.

Le pécule de la femme peut résulter aussi *de la volonté des tiers* : c'est ce que consacre l'article 1369 qui nous apparaît comme une transaction entre les partisans de la séparation de biens et les défenseurs du régime légal. Alors que les premiers auraient voulu attribuer de plein droit aux biens réservés les acquisitions à titre gratuit réalisées par l'épouse, les seconds s'y refusaient en soutenant, non sans

raison, qu'il y avait là un moyen indirect d'admettre la Gütertrennung. La discussion (1) fut assez vive, et ce n'est qu'à égalité de voix que la théorie extensive, défendue notamment par le baron de Stumm, fut repoussée par la commission du Reichstag. Pour donner satisfaction à cette tendance, on inséra dans l'article 1369 une disposition formelle permettant de créer par une convention ce qui n'était pas admis par la loi.

D'après ce texte, « est bien réservé ce que la femme acquiert par succession héréditaire, par legs ou à titre de réserve (acquisition à cause de mort), ou ce qui lui est attribué gratuitement entre-vifs par un tiers, lorsque le *de cujus*, par disposition de dernière volonté, le tiers lors de l'attribution, a décidé que l'acquisition doit être bien réservé ». La première cause visée par le B. G. B. peut reposer sur la loi ou sur la volonté du défunt, sur un testament unilatéral ou sur un contrat d'hérédité (Erbvertrag) ; la seconde comprend tout ce que la femme reçoit sans fournir en échange de contre-prestations, entre autres les promesses et l'exécution des donations, les dons des fondations ou des établissements de bienfaisance.

Il faut de plus qu'il y ait eu une attribution (Zuwendung) émanée du tiers qui a fait la libéralité. L'épouse demeure du reste libre de transformer en bien d'apport ce qui lui a été donné. Mais l'auteur de la disposition peut empêcher cette conséquence en subordonnant au caractère de bien réservé l'existence de sa donation.

L'article 1369 s'applique-t-il à une acquisition à titre gratuit réalisée par la femme avant la conclusion du mariage ? La solution négative est généralement admise. Sans

(1) Cf. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 215 et 216

doute le Code parle de la femme et non de la femme mariée ; mais tous les articles qui entourent la disposition que nous étudions désignent uniquement l'épouse sous le terme de « Frau » (Cf. art. 1366, 1367, 1440, 1486). Cette interprétation, imposée sinon par la lettre, du moins par l'esprit de la loi, est de plus conforme aux travaux préparatoires et aux besoins pratiques. L'écarter, ce serait permettre à la femme de déclarer Vorbehaltsgut un bien d'apport en prétendant que le donateur, mort depuis longtemps peut-être, avait exprimé cette volonté. Comme le dit un arrêt récent (1) du 21 mars 1907 rendu par le Kammergericht de Berlin, « il y aurait une perpétuelle incertitude de la situation juridique du mari que la loi doit protéger autant que la femme ».

c) Le pécule de l'épouse, légal ou conventionnel, reçoit par la règle de l'article 1370, une extension considérable. Le B. G. B. part du principe que le patrimoine de la femme doit être conservé dans son intégralité (unverkürzt), que ce soit l'un ou l'autre des deux conjoints qui en ait l'administration. Pour assurer le maintien de cette intégrité à travers les fluctuations incessantes de la vie économique, le Code a recours à la grande théorie de la *subrogation réelle*. Il envisage les biens moins dans leur individualité matérielle que dans la valeur qu'ils représentent ; et c'est cette valeur qu'il protège sans s'occuper des transformations successives qu'elle subit. Le paragraphe 1370 vient en effet décider : « Est bien réservé ce que la femme acquiert en vertu d'un droit faisant partie de ses biens réservés, ou à titre de réparation pour la destruction, détérioration ou soustraction d'un objet faisant partie du bien réservé ou par un acte

(1) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, *Neue Folge*, 1907, p. 367, *Sächsisches Oberverwaltungsgericht*, 21 mars 1907 (D. J. Z., 1907, p. 221).

juridique qui se rapporte au bien réservé. » Il y a là trois cas de subrogation que nous devons rapidement étudier.

Tout d'abord l'avantage qui résulte d'un droit du pécule s'agglutine au tout par une sorte d'attraction à la fois juridique et économique. C'est moins un phénomène de subrogation que l'application de la règle : *accessorium sequitur principale*. Les fruits civils ou naturels d'une maison ou d'un champ faisant partie du Vorbehaltsgut, la moitié du trésor attribuée au propriétaire du sol, la construction acquise par accession, autant d'hypothèses régies par l'article 1370, première phrase. Le mot « Recht » est pris ici dans son acception la plus large et il comprend tous les biens qui rentrent dans le pécule, quel que soit leur caractère mobilier ou immobilier. S'il s'agit d'une créance réservée, la somme payée par le débiteur échappe aux droits du mari.

La seconde hypothèse est beaucoup plus conforme à l'idée de subrogation. Elle suppose une diminution du patrimoine, une brèche qui est comblée par l'objet acquis en échange. Il s'opère alors une véritable compensation qui empêche un enrichissement illégitime du bien d'apport au détriment du pécule. Il n'y a pas lieu de distinguer selon qu'il y a eu destruction complète ou seulement détérioration de la valeur réservée, selon que le fait est dû à l'action de l'homme ou aux forces de la nature. La capacité de travail de l'épouse est-elle diminuée à la suite d'un accident (1), l'indemnité servie à la victime remplace la part de salaire dont elle est privée et revêt la même qualité juridique. La grêle est-elle venue anéantir une récolte propre à la femme, la somme versée par l'assurance échappera à l'eingebrachtes Gut.

(1) *Sächsisches Oberverwaltungsgericht*, 18 janvier 1906 (D. J. Z., 1907, p. 246).

Enfin le B. G. B. attribue au pécule « ce que la femme acquiert par une opération juridique, qui a trait aux biens réservés ». Il suffit d'une relation économique existant entre le bien réservé et l'acquisition réalisée. C'est ce qui se produit notamment lorsque l'opération découle du bien réservé (wirthschaftlicher Ausfluss). La femme vend, échange, loue un immeuble du pécule ; elle achète une obligation à lot. Le prix, le loyer, le lot sont soustraits à l'administration et à la jouissance du mari. Le rapport exigé par l'article 1370 *in fine* se rencontre aussi quand l'acte juridique est conclu pour le patrimoine réservé : ainsi en est-il d'un contrat de louage de services au sujet de travaux ayant trait au Vorbehaltsgut. Il y a alors une double relation objective et subjective. Mais si au contraire la femme se procurait un objet destiné dans sa pensée à son pécule et qu'elle n'en possédât pas à ce moment, la condition objective ferait défaut et le bien constituerait un apport. En effet, étendu à cette hypothèse (1), le paragraphe 1370 serait inconciliable avec le principe que l'épouse ne peut se créer des biens réservés à son gré, par déclaration unilatérale de volonté.

Comment arrivera-t-on à prouver (2) qu'une opération juridique a été passée dans le but d'administrer le Vorbehaltsgut ? La question sera souvent délicate. Il n'y a pas d'hésitation possible si le lien avec le bien réservé peut être objectivement reconnu. Mais, si cette ressource n'existe pas, il faut rechercher une manifestation de volonté au moment de la conclusion de l'acte et, à son défaut, s'appuyer sur les circonstances de fait (aus den begleitenden Umständen). La charge de la preuve incombe naturellement à la femme ; et, en cas de doute, on doit s'en référer au droit commun,

(1) *Motive zu dem Entwurf eines B. G. B.*, t. IV, p. 178.
(2) Schmidt und Habicht, *op. cit.*, t. I, p. 203.

c'est-à-dire traiter comme bien d'apport l'acquisition de l'épouse.

B. *Le régime juridique des biens réservés.* — Après avoir suivi le Vorbehaltsgut dans ses manifestations multiples, nous devons rechercher la condition qui lui est faite dans le B. G. B. Elle est déterminée tout d'abord d'une façon négative par l'article 1365 qui, après avoir fixé les principes généraux de la Verwaltungsgemeinschaft, consacre une exception formelle à ces règles en ce qui concerne le patrimoine réservé. Il en résulte une grande analogie avec la séparation de biens, telle qu'elle est régie par les paragraphes 1426 et suivants.

L'épouse a pleine faculté d'exercer sur son pécule des droits d'administration, de jouissance, de disposition. Il lui est entièrement loisible de contracter des obligations ou d'intenter des procès relatifs au Vorbehaltsgut. En cas de dissipation, le seul remède offert au mari est l'interdiction de la femme.

Mais, si l'indépendance économique des conjoints doit être reconnue, il n'en est pas moins à la fois nécessaire et légitime que *tous les deux contribuent aux charges du ménage* qu'ils ont créées par leur mariage. L'article 1389 impose au mari l'obligation de subvenir aux frais de la vie commune ; mais le paragraphe 1371 édicte expressément que l'épouse doit fournir au mari (sauf dans l'hypothèse de l'article 1428) une contribution proportionnelle sur les revenus de son patrimoine, ou même sur les produits de son travail si les fruits du bien d'apport ne fournissent pas une aide en rapport avec la situation de la femme (einen angemessenen Beitrag). C'est cette obligation (1) que nous

(1) Cf. Wieruszowski, *op. cit.*

allons étudier dans ses conditions d'existence, son étendue et ses effets.

La signification de l'article 1371 se précise particulièrement si on l'oppose à l'article 1360, alinéa 2. Ce dernier consacre lui aussi le devoir pour l'épouse de venir en aide à son mari dans la misère. Mais, alors que l'obligation d'entretien est absolument générale et découle du mariage lui-même, l'obligation de contribuer est essentiellement liée au régime des biens. La première est obligatoire et placée au-dessus des conventions des parties ; la seconde peut être librement transformée ou même supprimée par contrat de mariage. L'une se mesure sur le patrimoine entier de la femme et suppose le mari hors d'état de s'entretenir avec ses propres ressources ; l'autre incombe seulement aux revenus sans jamais entamer le capital, et existe, même si le mari peut à lui seul soutenir les charges du ménage.

Les conditions d'application de l'article 1371 sont au nombre de trois : il faut qu'il y ait des *dépenses communes* (ehelicher Aufwand). Une question délicate, fort débattue à ce sujet, est celle de savoir si la séparation de fait des époux supprime l'obligation de l'épouse. Wieruszowski fait à ce sujet toute une série de distinctions. En l'absence d'enfants, il admet que l'article 1371 ne trouve plus à s'appliquer et que seule la disposition du paragraphe 1361 conserve son empire. Au contraire, s'il reste des enfants communs, il subsiste une communauté d'intérêts qui autorise les époux à se réclamer des règles ordinaires. Le tribunal d'Empire, dans un arrêt du 27 mai 1907, semble aller plus loin et admettre d'une façon générale la continuation de l'obligation de l'épouse même après la séparation de

fait. « Le texte et les travaux préparatoires (1) ne fournissent aucun point d'appui pour prétendre que par ehelicher Aufwand il faille entendre seulement ce qui résulte de la vie en commun et non ce qui découle de l'état de mariage. L'éloignement d'un époux augmente les frais plus qu'il ne les diminue. »

Il est en outre nécessaire que la femme ait la *faculté de contribuer*, c'est-à-dire qu'elle ait des revenus. Cette dénomination s'applique à tout gain périodique, et cest ce retour à des échéances déterminées qui sépare les fruits (Einkünfte) des produits (Nutzungen). Le second terme, beaucoup plus général, comprend même les produits extraordinaires tels qu'un trésor ou un lot ; il s'étend aux opérations qui exigent un sacrifice de capital, telles que l'assurance ou la conversion de valeurs de bourse. La première expression,au contraire, plus limitée dans son sens, ne renferme que les fruits réguliers d'un capital mobilier ou immobilier ; elle ne contient que les intérêts ou les dividendes (2) distribués par une société, les loyers ou les fermages procurés par un immeuble, les revenus d'une activité manuelle ou intellectuelle ; elle n'exclut pas les arrérages d'une rente à laquelle le donateur a imprimé le caractère de bien réservé. Si les parents, au lieu de constituer une rente, donnent de temps en temps des *cadeaux d'usage* (Nadelgelder) à la femme, celle-ci n'est pas obligée de contribuer avec ces biens aux charges du ménage (Personal-Einkommen, nicht Vermögenseinkommen). Enfin le Vorbehaltsgut ne se trouve soumis à la nécessité de supporter une part de

(1) Entscheidungen des Reichsgerichts. *Neue Folge*, année 1908, p. 1 et seq.

(2) *Sächsisches Oberverwaltungsgericht*, 21 janvier 1907 (D. J. Z., 1907, p. 712).

l'ehelicher Aufwand que *d'une façon subsidiaire*. C'est seulement si le bien d'apport ne fournit pas un appoint convenable que la responsabilité du patrimoine réservé peut être engagée.

Il faut tenir compte, par exemple, de la valeur d'une maison d'habitation dont le mari profite et dont l'épouse est propriétaire. Ce qui est considéré, c'est non seulement ce que le chef du ménage a perçu en fait mais encore ce qu'un bon administrateur, ce que l'homme d'affaires loyal et honnête aurait pu percevoir (ordnungsmässig verwaltend) ; il y a cependant lieu de déduire les coûts et les charges (art. 1385 et seq.).

L'obligation de contribution pesant sur le Vorbehaltsgut, une fois connue dans ses conditions d'existence, doit être étudiée dans son contenu. L'article 1371 nous dit seulement qu'elle doit être proportionnée (angemessen) et laisse au juge le soin d'en fixer l'étendue d'après les diverses circonstances de fait. Wieruszowski, avec sa grande expérience pratique, donne à ce sujet de précieuses directions au magistrat pour le guider dans son évaluation. La première tâche est de déterminer l'importance des charges communes : ce sont les dépenses pour l'entretien des époux et de leurs descendants communs, l'achat des vêtements, le paiement des salaires des gens de service, l'acquittement des obligations sociales ou mondaines, la satisfaction des besoins intellectuels ou artistiques, les frais pour la construction ou les réparations de la maison commune. Tout ce train de maison est sans doute soumis à la décision subjective du mari (1354) ; mais l'appréciation objective du juge subsiste pour déterminer la part réelle qui doit incomber à la femme.

A ce travail préliminaire succède celui de la répartition.

Alors que le Gesammtvermögen est entièrement affecté aux charges du ménage et que par suite le patrimoine du mari doit être compté tout entier, l'épouse ne contribue que sur la jouissance de son bien d'apport et subsidiairement sur les revenus du patrimoine réservé. Le mode de paiement de l'obligation, en nature ou en argent, l'époque et le lieu du paiement, fait d'avance ou non, en la maison du mari ou ailleurs, autant de questions qui seront librement tranchées par le tribunal, car elles ne sont pas régies par l'article 1612 qui ne vise que l'entretien.

Il ne suffit pas à un législateur de formuler une règle théorique ; il lui faut encore et surtout assurer la *sanction pratique* des principes qu'il proclame. L'inexécution ou l'exécution tardive de l'obligation entraînent pour le mari le droit d'exiger à la fois une prestation postérieure et la réparation du préjudice causé. Il n'a du reste le droit de réclamer la contribution pour le passé qu'autant que la femme, malgré les exigences de son conjoint, s'est mise en retard (art. 1427, al. 2).

Cette action est essentiellement attachée à la personne du mari sur qui reposent les charges du ménage. Le droit est par suite intransmissible (art. 1427, al. 2, et 1408) ; il n'est pas susceptible d'être mis en gage ou grevé d'une hypothèque ; il est soustrait aux droits des créanciers du mari (851, C. P. O.).

Les causes d'extinction de la responsabilité de l'épouse sont assez nombreuses. Elles résultent tout d'abord de la disparition des conditions que nous avons déterminées plus haut. La suppression de l'ehelicher Aufwand par la dissolution du mariage, l'absence de revenus du patrimoine réservé, l'accroissement de valeur du bien d'apport entraînent nécessairement l'inapplicabilité de l'article 1371.

L'exécution de la prestation faite avec la volonté de l'éteindre est le mode normal d'accomplir l'obligation. Le paragraphe 397 permet d'autre part au créancier de faire remise au débiteur de ce qui lui est dû, sans observer aucune forme solennelle ; au contraire, la renonciation aux prestations futures exigerait un pacte matrimonial. La prescription pourrait être invoquée, mais seulement après la fin de l'union, car l'article 204, alinéa 1, la déclare suspendue (gehemmt) tant que dure le mariage. La compensation n'est pas admise contre la créance du mari, pour la seule raison que cette créance ne peut être donnée en gage (art. 394, *in principio*).

Nous avons jusqu'ici laissé de côté la situation juridique de l'épouse envisagée comme sujet passif de droits afin d'examiner dans une théorie d'ensemble la responsabilité du patrimoine réservé. Cette question, très importante au point de vue pratique, se divise elle-même en deux autres, celle de *l'obligation* (Schuldenhaftung) et celle de la *contribution aux dettes* (Schuldenträgerschaft).

Le Vorbehaltsgut se trouve engagé vis-à-vis de tous les créanciers personnels de la femme, que leur titre soit antérieur ou postérieur au mariage. S'il s'agit de dettes nées avant l'établissement du régime matrimonial, le bien d'apport est responsable comme le pécule, car le mari n'acquiert ses droits qu'à charge de respecter les dettes existantes. Après la célébration du mariage, si l'eingebrachtes Gut ne peut être recherché que pour une obligation contractée avec l'assentiment du mari (art. 1412), le bien réservé demeure tenu en l'absence de toute autorisation.

Un acte illicite, un enrichissement illégitime de la femme exigent une réparation qui peut être poursuivie toujours sur le pécule, souvent sur les apports. Exonérer les seconds,

eût été permettre à l'épouse de s'affranchir des conséquences de ses fautes en l'absence de pécule. Mais s'il s'agit de charges en intime corrélation avec les biens réservés (paiement des impôts, des charges réelles), le grand principe *ubi emolumentum, ibi onus* retrouve son application : le Vorbehaltsgut est seul tenu.

De ces considérations Wieruszowski déduit la règle suivante : jamais les apports ne sont seuls responsables des dettes de la femme. Le droit du créancier s'applique ou à l'intégralité du patrimoine (Vollschulden) ou seulement au pécule dont la personnalité est ainsi reconnue (blosse Vorbehaltsschulden). Cette seconde catégorie qui forme une exception à la première est expressément délimitée par la loi. Ce sont les dettes contractées sans le consentement du mari (art. 1412), celles résultant de l'acquisition d'un legs ou d'une succession échue à la femme comme bien réservé (art. 1413), celles découlant d'un droit ou de la possession d'une chose faisant partie des biens réservés (art. 1414).

Le B. G. B. rend responsable des Vollschulden tout le patrimoine de l'épouse et donne par conséquent aux créanciers toute liberté pour s'attaquer soit au pécule, soit aux apports. D'autre part, même pour les Vorbehaltsschulden, le mari peut avoir consenti à ce que le bien d'apport soit poursuivi. Il en résulte que des dettes qui, économiquement, incombent au pécule seul, peuvent avoir été payées à l'aide des biens d'apport, et réciproquement. L'équilibre des patrimoines doit donc être rétabli. C'est l'hypothèse visée par l'article 1417 qui formule en termes généraux la théorie des récompenses. Chacune des deux masses se trouve en quelque sorte individualisée et le législateur accorde à l'une et à l'autre des actions en récompense (Ersatzansprüche).

Nous n'entrerons pas dans les détails de ce système qui a de nombreux points de contact avec celui du droit français que nous retrouverons plus loin, et nous nous bornerons à prendre un exemple.

Le mari paie à l'aide des biens d'apport une dette de la femme qui, antérieure au mariage, n'est exécutoire que sur les biens réservés. Il y a enrichissement du patrimoine de l'épouse qui conserve ainsi son Vorbehaltsgut. Le B. G. B., s'inspirant de cette considération, transforme l'action en restitution qui existerait, selon les principes généraux, en une action en récompense (Ausgleichungsanspruch) donnée à l'eingebrachtes Gut contre le pécule.

Pour conclure l'étude que nous avons entreprise tant sur les droits de la femme mariée que sur ceux des créanciers, il reste à examiner le fonctionnement pratique de la machine dont nous connaissons désormais les rouages. La *question de preuves* à laquelle nous arrivons ainsi est une des plus ardemment discutées en législation. Le Code allemand (1) l'a résolue d'une façon assez heureuse. L'épouse peut se trouver en conflit, à la dissolution de l'union, avec le mari ou les héritiers : le B. G. B. établit alors en sa faveur la présomption de l'article 1362, alinéa 2. Les choses affectées exclusivement à son usage personnel, vêtements, parures, instruments de travail, sont censées lui appartenir. Ce sera donc aux adversaires de la femme à prouver que les biens précités ne sont pas la propriété de l'épouse. Celle-ci se trouve de la sorte efficacement protégée.

En dehors du champ d'application de l'article 1362, alinéa 2, le droit commun retrouve son empire, et c'est à la demanderesse d'établir par tous les moyens que de droit le caractère de bien réservé.

(1) Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 227 et seq.

Vis-à-vis des tiers, d'autre part, et notamment à l'égard des créanciers du mari, le paragraphe 1362, dans son premier alinéa, fait revivre l'ancienne *présomption mucienne* d'après laquelle toute la fortune mobilière des conjoints est censée la propriété du mari. Il en est notamment ainsi pour les valeurs au porteur et les titres à ordre revêtus d'un endossement en blanc. Mais la femme jouit de la plus grande facilité pour faire tomber la présomption légale. Il n'est pas besoin d'un inventaire ou d'un acte authentique, pas même d'un acte écrit.

Les tiers se trouvent très énergiquement protégés, car la séparation de biens et par suite l'institution du Vorbehaltsgut n'ont d'efficacité contre eux que par une inscription faite sur le registre des régimes matrimoniaux (Güterrechtsregister, art. 1431 et 1435). Cette règle s'applique non seulement aux biens réservés conventionnels, mais encore aux biens réservés légaux. Sans doute nul n'est censé ignorer la loi, mais l'article 1371 est absolument général dans ses termes (1), et l'interprétation extensive est essentiellement favorable au crédit.

Ainsi, « le législateur allemand (2), tout en organisant sur une base élargie les biens réservés, institution toute de protection pour la femme, a fait en sorte qu'elle ne se retourne pas contre cette dernière par des exigences de preuves minutieuses et ne constitue pas pour le crédit du mari et la prospérité de l'union conjugale une cause de ruine ».

(1) Schmidt und Habicht, t. I, p. 204.
(2) Léon Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 231.

§ 2. — Le Vorbehaltsgut sous les régimes conventionnels.

Le B. G. B., dans les articles 1426 à 1432 et 1437 à 1558, offre au choix des époux divers régimes qu'ils peuvent adopter par une convention. Il n'y a point là des règles impératives ; ce sont seulement des contrats modèles (Musterordnungen), des espèces de formules auxquelles les parties peuvent se référer par un simple renvoi ; mais elles ont toute liberté pour les modifier, pour les restreindre dans leur domaine ou les compléter dans leurs effets, pour créer des formes intermédiaires. Quelle est alors la consistance du pécule réservé de la femme, quelle en est la condition juridique, telles sont les questions que nous devons rapidement envisager. Nous laisserons de côté la séparation de biens qui n'est que la généralisation du Vorbehaltsgut, et nous insisterons uniquement sur les systèmes communautaires.

Communauté universelle. — L'existence de biens communs est la caractéristique de ce régime, et leur suppression par un contrat en serait la négation même. Le patrimoine du mari et celui de l'épouse forment une masse (Gesammtgut) qui a une véritable personnalité avec un actif et un passif distincts. A la fin de l'union, il y a partage entre les époux ou leurs héritiers.

A ces règles d'ensemble viennent déroger les articles 1439 à 1442 qui sanctionnent deux exceptions. L'article 1439 exclut de la communauté les biens intransmissibles de leur nature et les soumet au régime des apports sous la communauté d'acquêts. Ces Sondergüter comprennent par exemple les biens grevés de fidéicommis, la pension d'invalidité et la solde des sous-officiers, la réparation d'un dommage moral, et d'une manière générale toutes les actions exclusivement attachées à la personne.

Mais une exception à la fois plus complète dans ses effets et plus intéressante dans son principe est celle de l'article 1440. Le Vorbehaltsgut comprend « ce qui a été déclaré tel par convention matrimoniale ou ce qui est acquis en vertu des paragraphes 1369 et 1370 ». Le produit du travail de l'épouse se trouve ainsi soumis à la communauté. Il n'y a pas eu à ce sujet de longues discussions dans les travaux préparatoires ; on s'est borné à affirmer (1) que la création du pécule était *inconciliable avec l'esprit du régime communautaire*. D'après Planck, c'est absolument impossible. Le législateur a dû s'appuyer sur le dilemme suivant : ou le caractère de Vorbehaltsgut n'est reconnu qu'aux fruits de l'activité de l'épouse, et c'est une injustice criante à l'égard du mari ; ou les deux époux jouissent des mêmes droits sur leurs salaires, et c'est l'anéantissement de la communauté.

A un autre point de vue, il y a une extension de l'institution des biens réservés : elle s'applique non seulement à la femme, mais aussi au mari. C'est que celui-ci, par l'adoption du régime, restreint ses pouvoirs de disposition et renonce à la moitié de ses revenus ; il est équitable qu'une compensation lui soit accordée.

Sous la communauté d'acquêts, et sous celle de meubles et acquêts, après de nombreuses variations au cours des travaux préparatoires, le pécule du mari ne fut pas admis (2).

La majorité de la deuxième commission estima que le besoin de cette création ne se faisait pas sentir, car le mari pouvait toujours conventionnellement se réserver certains revenus. Par là ce régime se rapproche du droit commun. Pour la constitution du patrimoine réservé, pour sa gestion,

(1) Lyon Caen, *op. cit.*, p. 251.
(2) Dissertation de M. Wagner.

les règles précédemment exposées au sujet de la communauté universelle trouvent leur entière application (art.1526 pour la communauté d'acquêts, 1555 pour la communauté de meubles et acquêts).

La liberté des conventions matrimoniales permet aux époux de tempérer par leur juxtaposition les régimes contraires, d'atténuer l'exclusivisme de la séparation de biens par l'adjonction d'une communauté d'acquêts, de créer sous un régime communautaire des biens réservés à l'épouse, plus étendus que ceux reconnus par la loi.

Les tiers, d'autre part, ne sont pas sacrifiés, car ils peuvent aisément connaître toutes ces modifications conventionnelles susceptibles de se réaliser après comme avant le mariage. Les articles 1558 et suivants organisent un mode de publicité qui mérite d'être étudié : c'est le Güterrechtsregister, *le registre des régimes matrimoniaux*.

Sa forme extérieure est déterminée par les résolutions du Bundesrath en date du 3 novembre 1896 relatives au registre des associations et à celui des régimes matrimoniaux. Les mentions (Eintragungen) résultent d'une ordonnance du tribunal de bailliage (Amtsgericht). Il faut indiquer le jour de chaque mention ; la signature de celui qui tient le registre est nécessairement requise. Les époux sont désignés par leurs noms et prénoms, avec indication pour le mari du domicile et de la profession, pour la femme de son nom patronymique. Chaque feuille est divisée en trois colonnes ; la première contient le numéro de chaque mention ; la seconde, la mention elle-même ; la troisième sert à renvoyer aux Eintragungen futures ou à mentionner, par exemple, les chagements de domicile.

Modèle pour le Güterrechtsregister (1).
Désignation des époux : Lehmann Henri-Charles, commerçant à Berlin, et Anna née Müller.

Numéro de la mention	Rapports juridiques.	Remarques
1.	L'administration et la jouissance du mari a été supprimée par décision du 1er mars 1901. 1er mai 1901. (*Signature du Registerführer*).	
2.	Par convention du 15 juillet 1905, la communauté universelle a été stipulée, avec *exclusion de la communauté prolongée*. La femme s'est déclaré comme bien réservé l'hypothèque de 20.000 mark inscrite au registre foncier de Halle. Livre 1. Feuille 50. Partie 3, n° 9.	

L'inscription a lieu près de l'Amtsgericht dans le ressort duquel se trouve le domicile du mari. La tenue du registre pour plusieurs ressorts peut du reste être concentrée entre les mains d'un seul juge par décision de l'autorité supérieure. Elle n'est pas faite de plein droit par le tribunal, elle doit être demandée par les parties, ou leur fondé de pouvoirs (in öffentlich beglaubigter Form) (Cf. art. 1561). Le registre est mis à la disposition de tous, et on peut s'en faire délivrer un extrait.

L'effet de cette publication au Güterrechtsregister sera

(1) Exemple emprunté au B. G. B. Edition de Carl Heymann, 1904, p. 640.

de créer une véritable *présomption de publicité*. Si, au moment de la conclusion d'un acte juridique ou lors de l'exercice d'une action, la modification au contrat de mariage a été portée sur le registre, elle sera opposable aux tiers qui ne seront pas reçus à alléguer leur ignorance (art. 1435). Pour comprendre toute l'importance de cette règle, nous allons prendre différents exemples, en supposant que le tiers qui traite avec la femme ignore les modifications du régime matrimonial.

Les époux se sont par exemple mariés sous l'empire de la communauté universelle. Plus tard ils soumettent à l'article 1367 les salaires de l'épouse par une convention dont ils ne requièrent pas l'inscription. Le mari continue de disposer des gains de la femme : ses actes demeurent essentiellement valables à l'égard des tiers. Ses obligations engagent le pécule de la femme et ses créanciers ne peuvent être écartés malgré les principes de la séparation de biens.

Au contraire, la mention faite sur le Güterrechtsregister aurait assuré à l'épouse, non seulement vis-à-vis de son mari, mais encore vis-à-vis des tiers, tous les avantages que nous avons précédemment indiqués.

De l'étude purement descriptive que nous avons faite du Vorbehaltsgut dans le B. G. B. se dégagent trois grandes idées que nous aurons à reprendre plus loin quand nous ferons la critique du système français. C'est, d'une part, sous la Verwaltungsgemeinschaft, la conception très large du patrimoine réservé avec les instruments de travail visés dans le paragraphe 1366, avec la subrogation réelle consacrée par l'article 1370 ; c'est, d'autre part, sous les pactes communautaires, la prétendue incompatibilité entre la notion de communauté et celle de pécule de la femme ; c'est enfin, dominant tous les régimes, qu'ils soient issus de la

loi ou de la volonté des parties, l'organisation d'un système de publicité original et intéressant.

SECTION II. — L'institution des biens réservés dans le Code civil suisse.

La Suisse, par sa position géographique, par ses éléments ethniques, devait naturellement réaliser une *transaction* entre le droit allemand et le droit français. Pour organiser l'activité économique de l'épouse, la législation nouvelle était nécessairement attirée par l'œuvre du B. G. B., plus conforme aux exigences modernes, et on peut constater entre les deux Codes de 1900 et de 1907 des analogies certaines. Trois régimes sont organisés par la loi civile suisse. L'union de biens est le régime légal ordinaire, et l'exposé des motifs (1) en résume les idées essentielles dans les trois règles suivantes :

1° Fusion des biens du mari et de la femme en une véritable unité économique, avec administration du mari et droit de disposition de celui-ci sur les biens de l'épouse, moyennant le consentement de cette dernière, en tant que des intérêts commerciaux ne réclament pas la libre disposition du mari.

2° Capacité civile de la femme et reconnaissance en sa faveur, à titre de biens réservés, notamment de ceux qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie et du produit de son travail.

3° Responsabilité du mari pour la conservation des biens de la femme et garantie des apports de celle-ci, avec restitution des apports à l'épouse ou à ses héritiers lors de la dissolution de l'union des biens, et attribution d'une part

(1) *Op. cit.*, p. 106.

de bénéfice à la femme ou à ses héritiers, si les circonstances le justifient (art. 214).

La séparation de biens peut exister soit en vertu de la loi, soit à la suite d'une convention, soit en raison d'un jugement. D'après l'article 182, les époux sont soumis de plein droit au régime de la séparation de biens, dès que les créanciers de l'un d'eux subissent une perte dans la faillite. Elle est prononcée par le juge, à la requête du mari ou de la femme, toutes les fois que l'un des conjoints néglige ses devoirs ou met les biens de l'autre en danger (art. 183 et 184) ; la demande peut émaner d'un créancier « pour cause de faillite ou de perte en cas de saisie ».

Enfin la communauté de biens qui a toujours une origine conventionnelle est organisée sous trois formes, la communauté universelle (art. 215 à 228), la communauté prolongée (art. 229 à 236) et la communauté réduite aux acquêts 239 et 240).

Les parties jouissent donc d'une certaine liberté pour la fixation de leurs conventions matrimoniales, mais leur choix est restreint, et elles ne peuvent adopter un régime différent de ceux organisés par la loi ; elles n'ont pas la faculté d'introduire une clause autre que celles expressément autorisées par le Code (art. 199, 226, 237, 238, 239, 240, 247). Cette limitation, il est vrai, est compensée par une extension considérable. En France, « le notaire, en habit noir et cravate blanche, a lu le contrat aux parents émus et aux futurs qui souvent n'y ont rien compris, et tout est réglé pour la vie ». En Suisse au contraire, l'article 179 permet les conventions matrimoniales non seulement avant, mais encore après le mariage. « En réalité,

(1) Adam, *Bulletin de législation comparée*, janvier 1909, p. 87.

écrit avec raison M. Huber (1), ce sont surtout les parents de l'un des conjoints qui regarderont ses intérêts comme compromis par la liberté du contrat durant le mariage, et cette considération n'est pas de nature à arrêter, puisque c'est sur l'union des époux dans la famille restreinte que repose toute l'organisation des effets du mariage. »

Pour rendre impossible toute fraude, le législateur, dans l'article 181, édicte une double précaution : les conventions matrimoniales passées pendant le mariage sont soumises, d'abord à la forme authentique, et de plus à l'approbation de l'autorité tutélaire. Elles ne peuvent porter atteinte aux droits que les tiers avaient sur les biens des époux, et elles ne deviennent opposables aux tiers que par l'inscription au registre des régimes matrimoniaux.

Cette institution de publicité, analogue à celle du B.G.B. est réglée dans son fonctionnement et dans ses effets par le chapitre V (art. 248 à 252) qui couronne pour ainsi dire l'exposé des divers régimes matrimoniaux (2).

Les contrats de mariage, les décisions judiciaires concernant le régime matrimonial, les actes juridiques intervenus entre les époux au sujet des apports de la femme ou des biens communs doivent, pour être opposables aux tiers, avoir été inscrits sur le registre des régimes matrimoniaux. L'inscription est faite au registre du domicile du mari ; des extraits sont délivrés à toute personne qui en fait la demande par le préposé au registre du commerce.

Les notions générales que nous venons d'exposer vont nous permettre de mieux comprendre l'institution des biens réservés. Alors que les *biens matrimoniaux*, plus ou moins importants selon les régimes, sont destinés aux charges du

(1) *Exposé des motifs*, p. 104.
(2) Virgile Rossel, *Code civil suisse*, Lausanne, 1909.

ménage, les *biens réservés* sont affectés aux besoins particuliers (1) de leur propriétaire et ils ne peuvent être assujettis aux charges de l'union conjugale que selon les règles de la séparation de biens. Ce pécule apparaît ainsi comme une exception aux principes généraux, et c'est à celui qui allègue la qualité de bien réservé d'en apporter la preuve (art. 193).

Les *sources* de ce patrimoine spécial sont fixées par l'article 190 qui en admet trois : le contrat de mariage, la libéralité d'un tiers et l'effet de la loi. Nous ne reprendrons pas en détail ces différentes dispositions qui sont très voisines de celles du Code civil allemand, et nous chercherons seulement à mettre en relief les divergences des deux législations. L'étendue de la réforme de 1907 est plus vaste (2) à un double point de vue : elle est susceptible en effet de s'appliquer au mari comme à l'épouse pour tout ce qui est réservé à l'usage personnel de l'un des conjoints ; elle englobe dans son champ d'action les régimes de communauté, en dehors de toute stipulation particulière.

Cependant les biens réservés ne peuvent, d'après l'article 190, alinéa 2, comprendre la réserve héréditaire de l'un des époux.

Après avoir déterminé les causes de formation de ce patrimoine, nous devons en établir la *condition juridique*. L'article 192 se borne à décider qu'il est soumis aux règles de la séparation de biens. Ainsi les époux, suivant qu'ils auront ou qu'ils n'auront pas d'autre fortune, se trouveront régis par une séparation de biens partielle ou totale. La

(1) Huber, *Exposé des motifs*.

(2) Nous verrons plus loin combien l'article 190, alinéa 2, est plus compréhensif que l'article 1366 du B. G. B.

femme sera seule propriétaire ; elle aura l'administration (1) et la jouissance qu'elle exercera à son gré. En pleine indépendance, elle disposera de ce Sondergut, directement par ses aliénations, indirectement par ses obligations. Elle peut contracter des dettes en affectant spécialement ses biens réservés au gage des créanciers ; les restrictions apportées à la passation des contrats entre époux, notamment l'exigence de l'autorisation du juge de tutelle, sont sans effet lorsque l'épouse dispose de son pécule. Les biens réservés de la femme et le patrimoine du mari sont absolument séparés tant au point de vue externe qu'au point de vue interne (innerlich wie äusserlich vollständig getrennt).

Ce n'est que d'une façon subsidiaire, « en tant que besoin », dit l'article 190, alinéa 2, que l'épouse doit affecter le produit de son travail aux charges du ménage. En vertu de la même idée, alors que les biens réservés du mari répondent comme les apports de toutes dettes contractées au nom de l'union conjugale, ceux de la femme sont responsables des obligations assumées par elle dans l'intérêt du ménage, seulement à défaut de biens du mari. Ils ne sont engagés en principe que par les dettes de la femme antérieures au mariage ou exclusivement personnelles à celle-ci (Cf. art. 207 et 208, 220 et 221).

Les dispositions que nous venons de parcourir *sont-elles d'ordre public* ? S'imposent-elles aux parties ou leur sont-elles seulement proposées ?

M. Gény (2) admet la possibilité d'une dérogation par pacte matrimonial régulier, à moins qu'elle ne constitue une atteinte à un principe supérieur ; et il rappelle à ce sujet les paroles de M. Huber : « Les appréciations peuvent

(1) Cf. Schultz, thèse Zürich, 1908, p. 120.
(2) Gény, *op. cit.*, p. 323, et Chaudé, *op. cit.*, p. 204.

varier pendant la durée d'existence de la loi, relativement au caractère permissif d'un texte et aux exigences de la morale publique, et ce serait une erreur que de rédiger la loi de telle sorte qu'il fût impossible aux tribunaux de suivre l'évolution des idées sans révision du texte légal... Lorsque le législateur entend conférer à une disposition une portée impérative absolue, il doit le dire. S'il ne le dit pas, la question sera résolue selon l'esprit de l'époque. »

Nous pensons au contraire qu'en adoptant le criterium proposé par l'éminent rédacteur du Code civil suisse, on doit arriver à un résultat opposé. L'esprit de l'époque est essentiellement favorable à la capacité élargie de l'épouse, et les principes qui sont en harmonie avec ce mouvement moderne ne doivent pas être laissés aux caprices des volontés individuelles. Les dispositions qui attribuent à certains éléments du patrimoine la qualité légale de Sondergut renferment du droit obligatoire (1) (zwingendes Recht) ; cette qualité ne peut donc plus désormais être retirée par la volonté des parties, et la clause du contrat de mariage par laquelle l'épouse s'obligerait à livrer au mari le produit de son travail serait incapable de la lier (unverbindlich). Par contre la femme peut librement disposer, même au profit du mari, des objets de son pécule, lorsqu'ils sont devenus sa propriété. C'est qu'en effet il y a alors non plus aliénation, mais exercice d'un droit.

Ainsi, dans le Code civil suisse, plus que dans aucune autre législation, « la fiévreuse (2) et riche nouveauté de notre temps s'est cristallisée en formules claires, œuvre d'esprits méthodiques et patients ». Le rôle de la doctrine

(1) Schultz, *op. cit.*, p. 121.

(2) Maxime Leroy, L'avant-projet du Code civil Suisse, *Revue de Paris*, décembre 1902, p. 639.

y fut plus considérable encore que chez son puissant voisin, et son influence produisit une construction aussi soucieuse des besoins pratiques, plus harmonieuse au point de vue théorique. L'activité économique de l'épouse, exigée par la vie moderne, est plus largement consacrée que dans le Code allemand : elle est sanctionnée sous le régime de communauté comme sous les autres régimes, elle est étendue aux biens de la femme qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie.

La collaboration du mari à l'œuvre commune est assurée par une procédure aussi simple que rapide. Lorsque le mari néglige ses devoirs de famille, le juge peut, quel que soit le régime matrimonial, prescrire aux débiteurs des époux d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme (art. 171). Grâce à cette intervention fréquente du juge des tutelles, la protection de l'épouse est assurée d'une façon plus nuancée. Le magistrat n'intervient pas seulement quand le mal est irréparable avec la procédure de la séparation de corps ou du divorce. Le juge des tutelles, en Allemagne ou en Suisse (1), exerce son influence conciliatrice alors que les dissentiments commencent ou qu'ils menacent pour les empêcher de s'aggraver. Très souvent il arrive à temps et l'union se rétablit.

Au-dessus des divergences de détail qui séparent les deux législations les plus récentes, il existe une idée commune qui les réunit : partiellement admise par le Code de 1896, elle reçoit du Code de 1907 l'extension logique qu'elle comporte. C'est que, pour réaliser l'indépendance économique de l'épouse, il n'est pas nécessaire de supprimer les régimes matrimoniaux existants pour les remplacer par la sépara-

(1) Saleilles, *Bulletin de Législation comparée*, 1909, p. 160.

tion de biens intégrale. A la théorie révolutionnaire (1) défendue par la plupart des représentants du mouvement féministe, les lois de l'Allemagne et de la Suisse opposent un *système réformateur* qui modifie le passé sans le détruire. En dehors de tout pacte matrimonial, le mari continue à recevoir en dot l'administration et la jouissance des biens de l'épouse, mais, *à l'intérieur du régime*, est instituée une masse de biens qui possède un statut particulier en raison de son origine spéciale. Soustraite aux droits du mari, elle appartient à l'épouse qui peut en user, en jouir et en disposer ; elle est destinée à satisfaire non pas les besoins de la société conjugale, mais les besoins de la femme elle-même. Elle constitue une enclave en dehors de laquelle le régime matrimonial, déterminé par la volonté de la loi ou fixé par les conventions des parties, retrouve son empire.

(1) Cf. pour plus de détails, Roguin, *op. cit.*, p. 816 à 842.

CHAPITRE III

LA FEMME MARIÉE OUVRIÈRE OU EMPLOYÉE DANS LE DROIT FRANÇAIS MODERNE.

SECTION I. — **Antécédents législatifs.**

Une loi est la résultante d'innombrables facteurs sociologiques ; elle est le produit d'une lente élaboration qui se manifeste ici plutôt que là, aujourd'hui et non pas hier ; elle est conditionnée dans le temps et dans l'espace par mille événements que le juriste doit connaître et que l'interprète a pour mission d'analyser. Ce sont ces influences, parfois évidentes, souvent cachées, toujours complexes que nous voulons discerner dans la préhistoire de la loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage.

Le développement du machinisme qui exige plus d'adresse que de force, la grande habileté des femmes dans certaines professions, l'insuffisance des salaires du mari, tous ces facteurs se retrouvaient en France au même degré qu'en Allemagne et en Suisse ; ils devaient développer dans les faits l'activité économique de l'épouse. Mais, malgré leur nombre et leur importance, ils auraient sans doute été impuissants à provoquer l'intervention législative. Le plus souvent, en effet, le législateur se borne à réparer le mal que son insouciance a favorisé ; en matière purement civile, il ne cherche pas assez à se pénétrer des besoins du peuple qu'il a pour mission de régir, et ce sont seulement les abus

trop criants, les injustices trop manifestes qui attirent son attention et suscitent son activité. Si nous considérons les exposés des motifs qui précèdent les propositions de lois, nous y trouvons presque toujours un remède à des plaies sociales qu'on a laissées longtemps s'envenimer. A en croire M. Pichon, ce sont seulement « des conditions économiques nouvelles qui permettent à de plus jeunes consciences l'orgueil de redresser des iniquités qui n'en étaient pas encore pour leurs anciens ». Nous croyons au contraire qu'entre les deux périodes, celle où la loi n'est pas encore nécessaire et celle où elle devrait déjà être intervenue, il y a un long espace de temps où le mal se développe et où sa guérison n'est pas recherchée.

C'est ce que nous constatons ici : en défendant les diverses propositions que nous devons maintenant étudier, leurs auteurs insistent tous sur les excès de la puissance maritale. C'est la situation de l'épouse victime d'un mari paresseux ou débauché qui amène M. Glasson à réclamer en 1886 une modification de la procédure de la séparation de biens. Le Code civil, avec les formalités multiples qu'il exige, avec les intermédiaires nombreux qu'il suppose, ne peut servir efficacement à la femme ouvrière. Il faut établir au profit de celle-ci « une justice rapide (1) et une procédure simple qui lui permettra ou bien de pratiquer entre les mains du patron une sorte de saisie-arrêt sur une partie du salaire de son mari, ou tout au moins de conserver pour elle-même, dans certaines circonstances, l'intégralité du produit de son travail ».

Soutenu par la Ligue française pour le relèvement de la moralité publique, M. Glasson, aidé de M. Jalabert, prépara une proposition de loi qui devait réaliser dans la pratique les idées qu'il avaient défendues dans sa communication à

un point de vue théorique. Les abus commis par le mari permettaient à la femme d'obtenir du juge de paix par une procédure simplifiée une véritable séparation de biens partielle : les produits du travail de l'épouse se trouvaient soustraits non seulement à l'administration du mari, mais encore à la propriété de la communauté.

L'idée fut reprise peu de temps après par MM. Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaut, qui, le 22 juillet 1890, déposèrent sur le bureau de la Chambre une proposition « ayant pour but de protéger la femme contre certains abus de la puissance maritale ». Devenue caduque par l'expiration de la législature, elle fut présentée de nouveau (2) le 9 juillet 1894. Les salaires de la femme demeurent soumis au régime de communauté ; l'épouse peut seulement, si le mari, par son inconduite, met les affaires du ménage en péril, obtenir de la justice le droit de toucher elle-même les produits de son travail et d'en disposer librement. Le juge compétent est le juge de paix du domicile du mari. De plus, au cas d'abandon, la femme peut obtenir du même magistrat l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou des émoluments du mari une part en proportion de sa charge et du nombre des enfants. Les articles 4 à 8 règlent la procédure à suivre. Le mari et la femme sont appelés par un simple billet d'avertissement du greffier de justice de paix sur papier libre en la forme d'une lettre missive recommandée à la poste ; sauf le cas d'empêchement, ils doivent comparaître en personne.

La signification du jugement autorisant la femme à toucher une partie des salaires ou émoluments du mari vaut

(1) Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1886, 1er semestre, p. 882.

(2) *Journ. off.*, 1884, Chambre, *Doc. parlem.*, annexe 803.

saisie-arrêt quand elle est faite à la fois au saisi et au tiers saisi. Tous les jugements rendus en ces matières sont essentiellement provisoires ; ils sont exécutoires nonobstant appel ou opposition. De même que les actes de procédure visés par la proposition, ils sont dispensés des frais de timbre et d'enregistrement.

Ces règles de procédure méritaient d'être rappelées, car, sauf des modifications de détail qui peuvent être négligées, elles se sont perpétuées à travers les différents projets successifs et elles ont passé presque intégralement dans la loi de 1907.

C'est souvent en dehors des Parlements que les lois se préparent ou se perfectionnent, et le législateur ne fait souvent que reconnaître les grands courants d'idées qui se sont manifestés dans la nation. Or, depuis 1889, le mouvement féministe se répandait en France ; il s'affirmait dans des livres, dans des revues, dans des journaux ; il s'organisait grâce à la création d'associations puissantes et actives. En 1893, l'*Avant-Courrière* fut fondée par Mme Henri Schmahl; au lieu de réclamer une transformation complète de la législation et de demander la substitution à la communauté de la séparation de biens intégrale, elle limite ses revendications et concentre ses efforts sur l'obtention de deux réformes : le droit pour la femme d'être témoin dans les actes juridiques et le droit pour l'épouse de disposer des produits de son travail. Mlle Jeanne Chauvin fut chargée de rédiger une proposition de loi ; elle demanda l'addition à l'article 217 du Code civil d'un paragraphe 2 ainsi conçu : « Néanmoins la femme mariée a seule le droit, et sans l'autorisation du mari ni de la justice, de toucher le produit de son travail ou de son industrie personnelle, et d'en disposer à titre gratuit et onéreux, lorsque cette industrie n'est pas alimentée

ou entretenue en majeure partie des deniers du mari ou de la communauté. »

Le 9 juillet 1894, M. Goirand déposait à la Chambre une proposition largement inspirée du projet de Mlle Chauvin et qu'il formulait en ces termes (1) : « Quel que soit le régime adopté par les époux, la femme a le droit de recevoir sans le concours de son mari les sommes provenant de son travail personnel et d'en disposer librement. Les pouvoirs ainsi conférés à la femme ne feront point échec aux droits des tiers contre les biens de la communauté. » Ce texte, après un rapport favorable de M. Théophile Goujon, fut pris en considération le 12 janvier 1895 et renvoyé à la commission chargée de la proposition Jourdan. Les deux textes furent fusionnés, et M. Goirand présenta son rapport (2) sur le projet Goirand-Jourdan à la séance du 14 novembre 1895.

Désormais l'intervention de justice n'est plus requise pour permettre à la femme de recevoir son salaire. L'épouse a un droit propre pour toucher les fruits de son labeur et pour en disposer, quel que soit le régime matrimonial adopté. Mais cette capacité nouvelle est bien précaire ; elle est limitée dans son champ d'application à un double point de vue. D'une part, en effet, elle ne concerne que les ouvrières et les employées ; d'autre part, elle ne s'étend pas aux économies ou aux acquisitions de biens mobiliers ou immobiliers : « les salaires ainsi transformés tombent en communauté ». La faculté de saisie-arrêt, précédemment reconnue à la femme seule, est étendue au mari pour le cas où il existe des enfants et où l'épouse ne subvient pas

(1) *J. off.*, 1894, Chambre, *Doc. parl.*, annexe n° 801.
(2) *J. off.*, 1895, Chambre, *Doc. parl.*, annexe n° 1609.

spontanément dans la mesure de ses facultés aux charges du ménage.

La proposition que nous venons de commenter revint à la Chambre (1) à la séance du 27 février 1896. Elle fut l'objet d'une déclaration d'urgence et elle passa sans discussion. Le 2 mars 1896, elle fut transmise au Sénat qui la renvoya à la commission chargée d'examiner la proposition de MM. Georges Martin et Schloechler relative aux droits civils des femmes.

Quelle est la valeur juridique du projet Goirand ? « Distraitement voté, dit M. Grosjean (2), il est timide, vague, contradictoire. Il ne détermine ni l'étendue des pouvoirs accordés à la femme, ni la sphère où elle est admise à les exercer ; il ne résout pas, il ignore même les difficultés qui ont surgi touchant les femmes commerçantes. Sur un seul point, le législateur de 1896 s'explique clairement, et c'est par une disposition qui annule jusque dans son principe toute la réforme : il restreint les droits de la femme aux produits directs de son travail ; on lui interdit l'épargne. »

M. Grosjean semble avoir oublié que sa proposition est de onze ans postérieure à celle de M. Goirand. Pendant ce temps, les idées nouvelles ont pu se répandre ; elles ont triomphé de certaines hostilités plus ou moins raisonnées. Les esprits, peut-être plus prévenants, assurément moins prévenus, ont su discerner ce qu'il y avait d'acceptable dans les revendications féministes. Et ainsi est devenu naturel pour le député de 1905, ce qui était impossible au député de 1896. Celui-là ne doit pas méconnaître qu'il doit la plus grande partie de son œuvre à celui-ci, que sa voie a été ou-

(1) *J. off.*, 28 février 1896, Chambre, *Déb. parlem.*, p. 313.
(2) *Le Correspondant*, année 1907, p. 49 et suiv.

verte par des devanciers et que le projet Goirand a été « le premier tendant (1) à donner à la femme de plein droit et sans intervention de justice un droit propre sur ses salaires ».

La période qui s'étend de 1896 à 1905 se caractérise en notre matière à la fois par une inertie législative complète et par une activité doctrinale intense. Les droits de la femme mariée sont discutés dans les revues ; ils font l'objet de nombreuses thèses de doctorat. En 1902 est fondée à Paris la Société d'Etudes législatives, et la première question qu'elle inscrit à son programme est celle des droits de la femme mariée sur les produits de son travail. M. Tissier rédige un projet de loi très intéressant, et il en résulte une discussion approfondie : les idées les plus diverses s'y font jour, défendues par les meilleurs représentants de notre doctrine française.

Tout le monde est d'accord sur le but à atteindre, mais les moyens à employer suscitent presque autant de systèmes que d'auteurs. Dès 1901, M. Thaller (2) élabore une théorie des plus ingénieuses pour permettre à la jurisprudence de réaliser la réforme en dehors de toute intervention législative. Le salaire de la femme tombe en communauté par suite d'une cession faite au mari ; or la loi du 12 janvier 1895 considère les salaires et les traitements comme incessibles sous réserve d'une faible portion. « Il y a là, dit le savant auteur, les éléments solides d'un syllogisme peut-être un peu forcé, mais la fin justifie les moyens. »

M. Tissier, dans son rapport, juge nécessaire une réforme de la loi et cherche à la faciliter. Nous aurons l'occasion de faire souvent allusion à cette étude, et nous ne voulons en

(1) Damez, *op. cit.*, p. 390.

(2) *La réforme sociale*, 1901, t. II ; « *Du régime normal de biens établir entre époux*. »

dégager ici que l'idée générale afin de marquer la place qu'elle occupe dans l'élaboration du texte de 1907. Sous tous les régimes, sauf clause contraire du contrat de mariage, la femme acquiert sur les fruits de son labeur un droit d'administration et de libre disposition. Cette capacité s'étend aux économies et aux acquisitions réalisées à l'aide des salaires ; mais elle n'est pas d'ordre public. Les biens ainsi acquis tombent dans la communauté lors de la dissolution si la femme accepte : ils lui demeurent propres si elle renonce.

Ces controverses théoriques réveillèrent le législateur et, le 27 février 1905, M. Grosjean (1) déposait sur le bureau de la Chambre une proposition largement inspirée des travaux de la Société d'Etudes législatives et sensiblement supérieure au projet de 1896. La plus grande hardiesse était l'article 4 qui créait au profit de la femme une véritable présomption à l'égard des tiers : dès qu'elle avait prouvé, fût-ce par un simple titre de reconnaissance émané du mari, qu'elle exerçait une profession lucrative, elle était présumée agir dans l'étendue des droits à elle conférés. « En assouplissant la communauté, en corrigeant les abus choquants auxquels elle donne lieu, concluait avec raison M. Grosjean, on la raffermit et on la consolide. Ce n'est pas en faisant plus rigides les institutions qu'on assure leur durée. »

Cette proposition fut prise en considération, renvoyée à la Commission de législation civile et criminelle qui confia à M. Grosjean le soin du rapport. Mais le député ne fut pas réélu, et son projet tomba par là-même.

Dès le 26 juin 1906, la question fut reprise au Sénat par le dépôt d'une proposition (2) de M. Gourju. C'est que l'idée

(1) *J. off.*, 1905, Chambre, annexe n° 2280.
(2) *J. off.*, 1905, *Doc. parlem.*, Sénat, annexe n° 304.

était en marche ; elle avait ses partisans convaincus, et la disparition de l'un d'eux devait immédiatement susciter l'énergie d'un autre. La théorie nouvelle est assez sûre du succès pour ne pas subir par l'insouciance de tous une seconde phase de onze ans de sommeil. A mesure que les hommes se succèdent et que leurs volontés s'affirment, que les systèmes s'élaborent et que leurs contours se précisent, les droits de la femme mariée deviennent de plus en plus impérieux et par suite de moins en moins méconnus. M. Grosjean avait réalisé une extension réelle en soumettant à la réforme l'épargne qui était exclue par M. Goirand. M. Gourju aboutit à une extension personnelle en réservant à l'épouse la disposition des gains obtenus dans un commerce alimenté par les fonds du mari. Bien plus, si une rémunération est promise et payée à la femme » pour sa collaboration au travail ou aux affaires du mari ou pour ses travaux domestiques dans l'intérieur du ménage », il y aura là une sorte de salaire qui rentrera dans les biens réservés.

Peu importe l'affirmation théorique d'un droit si les moyens qui permettent de le faire valoir sont trop complexes et trop coûteux. La simplicité de la procédure, la modicité de son prix sont des conditions essentielles d'une bonne et saine justice. Sans ces deux corollaires nécessaires, les principes inscrits dans un texte de loi arrivent à être de simples règles théoriques dont la sanction est souvent illusoire et toujours inégale, puisque, accessible aux uns, elle ne peut dans bien des cas être atteinte par les autres. C'est ce qu'a compris M. Gourju, et sa proposition, à ce point de vue, se rattache à la grande impulsion moderne qui tend à secouer le joug trop lourd d'un formalisme immodéré. L'épouse devra établir le caractère de biens réservés, mais elle pourra faire cette preuve par tous les moyens de droit, sauf par la commune renommée.

La proposition Gourju fut examinée par une commission qui la combina avec le projet Jourdan-Goirand : les deux textes furent renvoyés à M. Guillier dont le rapport (1), déposé le 20 mars 1907, fut soumis à deux délibérations (2), le 14 et le 24 mai 1907. Transmis à la Chambre, le texte du Sénat fut l'objet d'un rapport de M. Violette (3) en date du 28 juin 1907 ; adopté d'urgence et sans discussion dans la deuxième séance (4) du 11 juillet 1907, il fut promulgué le 13 juillet sous le titre suivant : loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage.

Nous n'étudierons pas dans leur ensemble les travaux préparatoires de la loi du 13 juillet : à propos de chaque article, nous serons obligé de consulter les discussions législatives qui l'ont précédé, et rapporter ici les débats parlementaires serait nous exposer à nous répéter ailleurs. Il nous appartient cependant de mettre en relief dès maintenant toute leur importance : ils ont le double avantage d'éclairer la lettre du texte parfois obscure, toujours concise, et de vivifier l'étude de la législation. « Une discussion législative, c'est la rencontre et le choc de deux grands courants d'activité générale, d'intérêts généraux créés par une longue suite d'actes répétés et qui, se reconnaissant opposés, se disputent la consécration légale. C'est par ces oppositions nées de ces répétitions que s'opère peu à peu l'adaptation législative et aussi bien doctrinale à des circonstances nouvelles. Et c'est là qu'il faut étudier en plein fonctionnement la force juridique (5). »

(1) *J. off.*, 1907, *Doc. parlem.*, Sénat, Annexe n° 77.
(2) *J. off.*, 15 et 25 mai 1907, p. 620 et seq., 660 et seq.
(3) *J. off.*, *Doc. parlem.*, Chambre, Annexe n° 1128.
(4) *J. off.*, 12 juillet 1907.
(5) G. Tarde, *Bulletin de législation comparée*, 1900, p. 533.

SECTION II. — **Etude analytique de la loi du 13 juillet 1907.**

La première question qui se pose à l'interprète d'un texte législatif est celle de la méthode qu'il doit suivre : en droit, comme ailleurs et même plus qu'ailleurs, il importe de classer dans un ordre logique les documents qu'on possède et les idées qu'on expose. Dans un problème aussi complexe que celui dont nous abordons l'étude, à propos d'une loi aussi importante que celle du 13 juillet 1907, des théories nombreuses s'entrechoquent, des souvenirs du passé se retrouvent parmi les exigences du présent, des lois de demain commencent à poindre dans la législation d'aujourd'hui. C'est le domaine de l'activité de la femme en dehors du foyer qu'il nous faut explorer tout entier pour nous attacher à ses manifestations qui se multiplient chaque jour. Nous ne pouvons dominer un sujet aussi vaste qu'en le divisant.

Le plan qui vient immédiatement à l'esprit consiste à suivre fidèlement, presque servilement, l'ordre adopté par le législateur. Cette conception purement exégétique nous paraît défectueuse : le rôle de l'interprète est de rattacher les textes particuliers aux dispositions générales qui les expliquent et qui les dominent. Les principes directeurs mis en relief permettent une intelligence plus complète du texte de la loi et une critique plus sûre de son esprit. Aussi grouperons-nous autour de cinq grandes idées les règles de notre législation positive, et nous étudierons successivement ce qu'est la loi de 1907, c'est-à-dire sa nature ; les personnes qu'elle régit, c'est-à-dire son champ d'application ; les biens qu'elle gouverne, c'est-à-dire son objet — les droits qu'elle confère, c'est-à-dire son but ; les modifications

qu'elle réalise, c'est-à-dire son influence sur la législation antérieure.

§ 1. — Nature de la loi de 1907.

Les dispositions législatives peuvent se répartir en *deux classes* nettement distinctes : les unes présument la volonté des particuliers et sont susceptibles d'être écartées par une manifestation contraire de volonté ; les autres ordonnent au nom de l'intérêt général, elles sont imposées et non plus seulement proposées. En ce qui concerne les rapports entre époux, la théorie généralement admise consiste à séparer les relations personnelles et les relations pécuniaires. L'Etat, héritier de l'Eglise sur ce point, fixe d'une façon impérative les principes de l'association des personnes ; il place au-dessus des conventions l'autorité du mari, l'incapacité de la femme, la puissance paternelle. Au contraire, dans le domaine des biens, l'autonomie de la volonté retrouve son empire et la condition des patrimoines est librement déterminée dans le pacte matrimonial.

Or créer un sort nouveau pour les gains et salaires de l'épouse, c'est, en apparence tout au moins, ne modifier que les rapports pécuniaires, et la règle de l'article 1387 doit en conséquence être respectée. C'est là ce qui explique que tous les projets antérieurs à la loi du 13 juillet 1907, malgré leurs différences multiples, s'accordent pour réserver la possibilité d'une clause contraire dans le contrat de mariage. Bien plus, le 24 mai 1907 (1), M. Guillier soutient devant le Sénat la solution devenue traditionnelle. Il ne faut pas défendre la femme malgré elle et paralyser sa liberté. N'est-ce pas une contradiction que de proclamer

(1) *J. off.*, Sénat, *Déb. parlem.*, 24 mai 1907, p. 660 et seq.

d'une part l'abandon définitif de la vieille idée de l'*imbecillitas sexus* et de reconnaître d'autre part une véritable incapacité pour l'épouse ? « Il n'y a point là, conclut le rapporteur de la commission, une question d'ordre public. L'intérêt privé de la femme est seul en jeu. Elle est parfaitement capable de juger sainement s'il est ou non avantageux pour elle de stipuler telle ou telle combinaison pécuniaire. »

Un amendement présenté par MM. Maurice Faure et Poulle vint attribuer aux nouveaux droits reconnus à l'épouse le caractère d'ordre public. Des arguments assez séduisants furent invoqués, arguments de fait (1) particulièrement développés par M. Maurice Faure, arguments de droit exposés avec talent par M. de Lamarzelle et M. Le Chevalier.

« Si vous laissez grande ouverte ou même simplement entrebâillée la porte qu'avait fermée la Chambre, il serait fort à craindre, dit M. Maurice Faure, que sous l'influence de la suggestion de l'intérêt personnel la clause de renonciation ne devînt dans les contrats de mariage d'un usage presque constant et ne finît par être ce qu'on appelle une clause de style ». Il y aurait là une « fissure » par laquelle le texte nouveau pourrait être frappé de stérilité. Or le droit de la femme est la *conséquence rationnelle d'un fait* ; il résulte de ce qu'elle crée par son activité une valeur nouvelle ; il découle du mariage d'une façon nécessaire et il ne doit pas dépendre du pacte des époux.

Ce qui se trouve modifié en effet, ce n'est pas seulement la composition des patrimoines, c'est encore et surtout la *condition de l'épouse*. Or tout ce qui touche à la personna-

(1) Cf. pour la critique psychologique, Henri Lalou, *op. cit.*, p. 23 et 24.

lité juridique, à son développement, à sa capacité, est soustrait à l'action des conventions particulières. « Il y a, selon les paroles très justes de M. Le Chevalier, une liberté plus forte que la liberté des conventions, c'est la liberté des personnes : la loi a le pouvoir et le devoir d'interdire d'y renoncer. » De même que l'article 1388 frappe de nullité absolue les dérogations aux droits résultant de la puissance maritale ou de la puissance paternelle, de même la loi nouvelle accorde à l'épouse des prérogatives qu'elle protège avec tant d'énergie.

Cette conception qui se justifie théoriquement et qui satisfait les besoins de la pratique est de plus en conformité avec l'évolution générale des biens réservés (1). En 1896, le Code civil allemand admet le Vorbehaltsgut seulement sous le régime légal et reconnaît la possibilité de le supprimer conventionnellement. En 1907, le Code civil suisse étend le domaine des biens réservés à tous les régimes, mais l'institution n'est pas d'ordre public. Enfin la loi française fait un pas de plus en rendant le droit de l'épouse sur ses gains et salaires non seulement général dans son application, mais encore nécessaire dans son existence.

Le principe est nettement formulé au début de l'article 1er de la loi du 13 juillet 1907 : « Sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage... » Il nous appartient maintenant d'en déterminer l'étendue et d'en montrer les conséquences.

Nous ne limiterons pas ses effets à l'article 1er ; sans doute cette disposition est la seule où la règle soit posée, mais, dans l'esprit du législateur, tous les textes de la loi sont soumis à la même sanction. La femme ne peut pas

(1) Saleilles, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1907, art. cité.

renoncer d'une manière définitive et irrévocable aux prérogatives que lui confère le droit nouveau. « Ainsi (1), tomberait sous le coup de la nullité toute convention tendant : 1° à limiter l'effet de la disposition de l'article 5 qui permet à la femme, si elle renonce à la communauté, de garder les biens réservés francs et quittes de toutes dettes autres que celles dont elles étaient antérieurement et régulièrement le gage ; 2° à paralyser le droit pour la femme d'ester en justice sans autorisation dans les cas prévus par l'article 6 ; 3° et à restreindre les modes de preuves reconnus par la loi pour la provenance et la consistance des biens réservés. »

Nous admettons pleinement ces idées, mais où nous ne pouvons plus suivre M. Dépinay, c'est lorsqu'il vient déclarer la possibilité d'attribuer à l'épouse par contrat de mariage des droits plus étendus que ceux à elle reconnus par le texte de 1907.

Sans doute il pourrait être désirable à un point de vue législatif qu'il pût être institué, à côté des biens réservés légaux, un *pécule conventionnel*. Le contrat de mariage, au lieu d'en être réduit à admettre une séparation de biens partielle, créerait, selon les expressions de M. Saleilles, un fonds matrimonial, commun par son affectation ; il combinerait ainsi de la façon la plus heureuse l'indépendance économique de l'épouse et l'intérêt du ménage.

Malheureusement la loi du 13 juillet 1907 ne se suffit point à elle-même : modification spéciale, elle ne peut régir l'ensemble du droit matrimonial ; elle améliore le Code de 1804, elle ne le supplée pas et, en dehors des cas prévus, la législation générale retrouve son empire. Cette méthode d'interprétation nous semble être la plus rationnelle et aussi

(1) Dépinay, art. cité dans la bibliographie, p. 119.

la seule certaine ; s'appuyer sur le texte nouveau pour battre en brèche et méconnaître tous les principes posés en 1804, ce serait oublier le passé sous prétexte de satisfaire l'avenir ; ce serait souvent mal comprendre le présent. L'article 1388 subsiste, et il est lui aussi d'ordre public : les seules dérogations possibles sont celles qu'autorise expressément la loi de 1907. Aller plus loin, supprimer l'autorisation maritale en dehors de l'hypothèse de l'article 6, créer des catégories de valeurs entièrement soumises au droit de disposition de l'épouse, c'est ce que l'interprète ne peut pas faire. L'exception au droit commun, même si elle est appelée à devenir la règle de demain, n'en doit pas moins recevoir aujourd'hui, selon l'antique adage, une très stricte interprétation.

Les pactes ainsi prohibés dans le contrat de mariage le sont *a fortiori* après l'union. L'article 1395 du Code civil vient à cet égard fournir un argument de plus en déclarant que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Il faut cependant assigner une limite à ces deux interdictions formulées en 1804 et en 1907. Les deux principes s'accordent sans doute pour frapper de nullité la clause générale et irrévocable qui, en transférant au mari l'administration ou la disposition des gains de l'épouse, aurait à la fois modifié le pacte matrimonial et porté atteinte à la capacité nouvelle reconnue à la femme. Mais en est-il de même pour un *mandat temporaire et révocable donné au mari* ?

M. Viollette, dans son rapport (1) à la Chambre, admet l'affirmative, et il invoque, à l'appui de sa thèse, des raisons à la fois juridiques et pratiques. En fait « le mari se

(1) *J. off.*, 1907, Chambre, annexe n° 1128.

ferait signer toute une série de procurations en blanc, et on sait quels genres d'arguments décisifs un mari ivrogne peut employer pour obtenir des signatures de ce genre. Donner ce moyen de tourner la loi, ne serait-ce pas organiser pour la femme de terribles supplices ! »

En droit le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à ce que la femme donne postérieurement au contrat « un mandat général ou spécial, exprès ou tacite de toucher ou administrer ses biens réservés ». Il en résultera que l'épouse, toutes les fois que le tribunal ne lui aura pas retiré son droit, ne pourra plus « déléguer à son mari ni le droit de toucher son salaire ni celui de l'administrer, ni celui d'engager pour son usage le salaire de la femme même du consentement de celle-ci ».

Il y a là une pure opinion individuelle qui ne lie pas l'interprète. En effet, au Sénat, M. Maurice Faure a déclaré de la façon la plus formelle : « Ce qui est en cause, ce n'est pas le principe des conventions entre époux. Ce principe, je le répète, demeure intact dans les conditions où la loi en règle l'application, et le droit subsiste pour l'épouse de disposer de la totalité des biens acquis par son travail. Elle sera toujours libre de donner à son mari mandat de toucher ses gains, de lui confier un pouvoir d'administration général »

La question demeure donc entière : elle peut et elle doit être résolue conformément aux exigences de la pratique et aux principes généraux. Or il arrivera souvent que la préparation à la vie des affaires aura été très différente pour les deux époux ; la femme ne se sera jamais occupée de ses intérêts matériels ; le mari, au contraire, aura appris par l'expérience à gérer habilement sa fortune. Il serait inique que l'épouse n'ait pas le droit de profiter du talent de son conjoint.

Au point de vue théorique, d'autre part, si l'abdication complète et irrévocable d'un droit est un acte de disposition, il est certain que déléguer une prérogative d'une façon temporaire et révocable, ce n'est pas l'aliéner, mais bien plutôt l'exercer.

Ainsi la théorie de M. Viollette nous paraît reposer sur une idée préconçue de féminisme intégral ; elle ne s'appuie pas sur les faits et elle se justifie mal en droit.

Nous avons parcouru les cas d'application de la nullité prescrite par l'article 1er de la loi du 13 juillet 1907 ; il nous faut en étudier maintenant les effets, c'est-à-dire en déterminer la nature. Or, parmi les nullités, les unes sont immédiates, elles ne peuvent être confirmées, elles sont incapables de se prescrire, elles viennent au secours de tous ceux qui les invoquent, elles sont absolues ; les autres doivent être prononcées, une ratification peut les couvrir, l'action du temps les éteint, elles n'offrent leur aide qu'à ceux qui s'en réclament, elles sont relatives. Le principe, c'est que toute nullité (1) est présumée absolue à moins que le législateur n'ait expressément réservé à certaines personnes le droit de la provoquer ou à moins qu'une restriction ne résulte virtuellement du motif sur lequel elle est fondée. Dans le texte de 1907 (2), c'est l'intérêt du ménage qui explique les pouvoirs conférés à l'épouse et qui par suite pourrait limiter l'efficacité de la sanction édictée par la loi. Mais, en fait, *la nullité peut être demandée tant par le mari que par la femme* « si l'intérêt du ménage se trouve lésé par une stipulation portée au contrat de mariage et contraire à la loi ; elle peut l'être aussi par *les héritiers* du mari et de la femme pour faire rentrer dans l'actif du mé-

(1) Aubry et Rau, 5e édit., t. I, p. 183.
(2) Dépinay, *op. cit.*, p. 119.

nage des biens qui ont pu en être détournés par l'effet d'une clause analogue ». Enfin, comme il ne s'agit point ici d'un droit exclusivement attaché à la personne, mais bien plutôt d'une question purement pécuniaire, l'action oblique de l'article 1166 trouve son application ; et tous *les créanciers*, soit du mari, soit de la femme, soit de leurs héritiers, ont la faculté d'exercer l'action en nullité de leurs débiteurs.

Cette nullité ne s'étendra pas à l'intégralité du contrat de mariage, à moins que la clause viciée n'ait été la cause déterminante du pacte matrimonial.

Nous avons déduit du caractère d'ordre public de la loi du 13 juillet 1907, la conséquence la plus importante, celle de la nullité absolue des conventions qui contredisent son texte ou son esprit. C'est à ce même principe que se rattache l'article 11 ainsi conçu : « Les dispositions de la présente loi pourront être invoquées même par les femmes mariées avant sa promulgation. »

On a accusé cet article de violer le principe de non-rétroactivité consacré dans l'article 2 du Code civil. Nous ferons remarquer tout d'abord que la non-rétroactivité n'est pas dans notre droit moderne d'ordre constitutionnel ; si la déclaration qui précède la charte de l'an III lui avait attribué ce caractère, les constitutions successives qui l'ont suivie n'ont jamais reproduit cette conception. Le principe s'impose à l'interprète, mais pas au législateur qui peut parfaitement décider que les règles qu'il formule s'appliqueront aux situations antérieures. Lorsqu'un intérêt supérieur se trouve en jeu, qu'il y a des abus à détruire et des dangers à éviter, la rétroactivité est toujours possible, parfois même légitime.

Nous irons plus loin encore et nous admettrons que *l'ar-*

ticle 11 *ne crée pas une hypothèse de rétroactivité* (1). Qu'est-ce en effet que la rétroactivité ? Si nous nous reportons au *Traité de droit civil* de M. Planiol (2), nous y trouvons la définition suivante : « Une loi est rétroactive quand elle revient sur le passé soit pour apprécier les conditions de légalité d'un acte, soit pour modifier ou supprimer les effets d'un droit déjà réalisés. » C'est ce qui se serait produit si l'épouse avait pu disposer librement des gains réalisés par elle avant le 13 juillet 1907. Mais il n'y a pas de rétroactivité lorsque le législateur modifie pour l'avenir seulement les conséquences de faits antérieurs. Comme le disait très nettement Portalis (3), détruire une institution qui existe, ce n'est certainement pas faire une loi rétroactive ; car, si cela était, il faudrait dire que les lois ne peuvent rien changer. Le présent et l'avenir sont sous leur empire. Elles ne peuvent certainement pas faire qu'une chose qui existe n'ait pas existé, mais elles peuvent décider qu'elle n'existera plus. »

L'article 11 qui se justifie en droit est en même temps conforme aux exigences de l'équité. Il eût été inadmissible de reconnaître à une femme mariée le 17 juillet, des droits qui auraient été refusés à une autre mariée le 12 : une si faible différence de dates dans la célébration de l'union ne devait pas entraîner un antagonisme aussi profond dans la condition juridique.

Ainsi, par le fait seul du mariage, à partir de la promulgation de la loi du 13 juillet 1907, est instituée une capacité nouvelle que nous devons maintenant étudier dans son application à la fois personnelle et réelle.

(1) Cf. pour la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire un arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 1907 (D. 1907.1.416).

(2) 5e édit., 1908, t. I, p. 95.

(3) Locré, *op. cit.*, t. I, p. 477.

§ 2. — Champ d'application de la loi de 1907.

Le principe posé dans les travaux préparatoires est des plus simples et des plus certains : le texte nouveau doit s'appliquer *à toutes les femmes mariées qui travaillent*. C'est que d'une part les ouvrières n'étaient pas les seules dont le sort méritât protection ; c'est aussi que de plus en plus le législateur doit éviter les lois de classes qui signifient presque toujours privilège et injustice. Les mêmes dangers étaient à craindre, les mêmes garanties devaient être accordées. Alors que le projet Goirand limitait son action à l'ouvrière et à l'employée, M. Gourju vise toutes les épouses qui travaillent. Le rapport de M. Guillier est encore plus précis à cet égard : « La loi protégera toutes les femmes laborieuses sans exception. Qu'elles soient ouvrières, employées, professeurs, artistes, écrivains, fonctionnaires, commerçantes ou artisanes, du moment qu'elles exercent une profession et se livrent à un travail séparé de celui de leur mari, elles peuvent se constituer une sorte de pécule réservé sur les produits de leur travail personnel ». M. Viollette, à la Chambre, après avoir rappelé les paroles de M. Guillier, ajoute : « C'est au sens le plus large que la loi doit être appliquée (1). »

Par conséquent les ouvrières, les domestiques, les membres des administrations publiques peuvent invoquer les dispositions de la loi nouvelle. Peu importe qu'elles travaillent dans la même usine, dans la même maison, dans le même bureau que le mari ; les produits de leur activité ne se confondent pas avec ceux du travail du mari, ils conservent leur individualité et sont régis par le texte de 1907.

(1) Nous rejetons dans notre deuxième partie tout ce qui concerne la femme commerçante.

Nous étendons même la loi du 13 juillet au cas où l'épouse n'exerce pas une véritable profession. Le mot « travail » employé dans l'article 1er a un sens assez général pour comprendre à la fois les deux expressions allemandes Arbeit et Erwerbsgeschäft. Ainsi est réalisé le vœu émis en 1906 par M. Perreau dans sa *Chronique législative*. « Pourquoi, disait-il, ne pas soustraire au mari le produit des ouvrages plus ou moins importants que les femmes du monde ont coutume de faire, soit par agrément, soit par philanthropie? C'étaient jadis les tricots et les crochets, passe-temps du coin du feu de nos vieilles grand'mères. Ce furent plus tard des enluminures, petites aquarelles, terres cuites, barbotines, etc. Aujourd'hui c'est le tour des pyrogravures, cuirs patinés, étains et cuivres repoussés, etc... Ce serait un moyen d'occuper grâce à l'attrait d'un gain dont elles pourraient disposer bien des mains jusqu'à l'heure inactives. »

La seule condition imposée par le texte est l'*existence d'un travail séparé*. « Les dispositions qui précèdent (art. 1er *in fine*) ne sont pas applicables au gain résultant du travail commun des deux époux ». C'est une solution que les travaux préparatoires ont admise comme naturelle et que tous les représentants de la doctrine ont jugée légitime et nécessaire. Elle est imposée à notre avis beaucoup plus par les nécessités pratiques et par la difficulté d'isoler la part exacte due au travail de l'épouse que par le jeu normal des principes théoriques.

On peut regretter que le législateur n'ait point reproduit l'article 3 de la proposition Gourju qui, tout en tenant compte des exigences pratiques, s'éloignait moins de la logique : « Jusqu'à preuve de la volonté contraire des époux, preuve qui pourra être faite par tous les moyens de l'arti-

cle 6 de la présente proposition et qui pourra résulter notamment de ce qu'une rémunération aura été promise et payée à la femme, les acquisitions résultant de sa collaboration au travail ou aux affaires du mari... ne sont pas comprises dans le pécule réservé de la femme mariée. »

§ 3. — Objet de la loi du 13 juillet 1907.

Les produits du travail se divisent souvent en deux masses bien différentes par l'affectation qu'elles reçoivent ; une partie est destinée à la satisfaction des besoins de chaque instant, des exigences quotidiennes de la vie matérielle et elle se trouve *dépensée au jour le jour*. Une autre partie est *mise en réserve* parce que, superflue pour le présent, elle peut être nécessaire pour l'avenir. Ce sont ces deux résultats de l'activité humaine qu'il nous faut successivement envisager en posant et en essayant de résoudre les deux questions suivantes :

A. — Les fruits du labeur de l'épouse doivent-ils rentrer dans les biens réservés, quelle que soit leur dénomination, quelle que soit l'époque à laquelle ils aient été réalisés ?

B. — Les économies ou les acquisitions résultant de ces biens font-elles partie intégrante du pécule de la femme ?

A. — L'intitulé de la loi du 13 juillet 1907 « relative au libre salaire de la femme mariée » est manifestement inexact ou du moins incomplet. Sans aucun doute il ressent l'influence des projets primitifs qui voulaient limiter la réforme aux femmes ouvrières. Le salaire désigne exclusivement aujourd'hui le produit du travail de l'ouvrier. L'expression de pécule employée au cours des travaux préparatoires évoque l'idée de dépendance, sinon de soumission : elle rappelle le pouvoir absolu du maître sur l'esclave,

du père sur l'enfant. Elle a cependant l'avantage de faire songer à l'évolution de la législation romaine qui a peu à peu créé l'indépendance économique du fils de famille, et, à ce titre, elle mérite d'être usitée pour le patrimoine régi par la loi de 1907.

Le mot « gain » dont se servent presque tous les auteurs nous paraît trop général. Le gain, c'est tout ce qu'on acquiert, soit à titre onéreux, soit et même surtout à titre gratuit. Or, il est admis qu'en l'absence d'une disposition formelle du testateur ou du donateur, une libéralité faite à l'épouse n'est pas soumise à la législation de 1907.

Nous emploierons très souvent le terme de biens réservés ; il y a en effet sinon une identité, du moins une analogie très grande entre les principes du B. G. B. (art. 1367 et suiv.), et notre texte du 13 juillet. Cette expression, absolument générale, comprend *tous les produits de l'activité indépendante de l'épouse* (1) : les gages de la domestique, les appointements de l'employée, les bénéfices de la commerçante, les traitements de la femme, professeur ou institutrice ; elle s'étend aux cachets de la pianiste ou de la cantatrice, aux honoraires de la femme médecin ou avocat, aux revenus des droits d'auteur de la femme écrivain ou poète, des droits de reproduction de l'artiste, des brevets d'invention de la femme inventeur.

Cette dernière proposition a cependant été contestée, et M. Ch. Lyon-Caen, à la Société d'Etudes législatives (2), a soutenu que la loi de 1907 ne s'appliquait pas à la propriété littéraire. La solution extensive ne cadre, selon l'éminent professeur, ni avec le texte ni avec les principes généraux de notre législation. Il y aurait là un privilège pour la femme

(1) Cf. Damez, *op. cit.*, p. 429.
(2) *Bulletin*, 1908, p. 254 et seq.

auteur qui échapperait à la règle de l'autorisation maritale pour exploiter son œuvre.

Cette opinion nous paraît reposer sur une confusion entre le droit de publier l'ouvrage et celui de recueillir les profits de la publication. Le premier demeure soumis à la volonté du mari ; le second est au contraire librement exercé par l'épouse. Le roman, le tableau, l'aquarelle sont des produits du travail de l'épouse, et à ce titre ils rentrent dans l'article 1er de la loi de 1907. Leur en refuser le bénéfice serait créer une exception que le texte n'a pas prévue et que les travaux préparatoires interdisent. Comme le dit très justement M. Vaunois (1), « l'ouvrière vend sans obstacle les chemises qu'elle confectionne ; si elle fait de la dentelle, lui interdira-t-on d'en disposer parce qu'il y a œuvre d'art ? La dactylographe fait payer la copie des manuscrits dont elle n'est pas l'auteur ; la femme ne pourra-t-elle vendre son article ? » Là où la loi ne distingue pas, où l'équité commande de ne pas distinguer, toute division introduite par l'interprète est nécessairement arbitraire.

A côté de cette rémunération directe et immédiate du travail de l'épouse, il existe toute une série de gains qui apparaissent à la fois comme une libéralité et comme la conséquence d'un service rendu : en vertu du premier caractère, ils devraient être exclus du pécule ; en raison du second, ils y rentrent naturellement. Il faut s'attacher, selon nous, au trait dominant de l'acte juridique, et il y a là une question de fait. La donation est-elle manifestement supérieure au service rendu, elle constitue un enrichissement à titre gratuit qui échappe à l'application de la loi de 1907. S'agit-il au contraire de ces nombreux présents d'usage, et notam-

(1) *Annales de la propriété littéraire* (article cité).

ment des étrennes et des pourboires, il est tout à fait conforme à la réalité de les interpréter comme des suppléments de salaires et de leur attribuer la qualité de biens réservés.

Nous n'établissons donc aucune séparation entre les produits du labeur de l'épouse d'après le nom qui leur est donné. De même, d'après certains auteurs, il n'y a pas lieu de distinguer *s'ils ont été réalisés avant ou après le mariage*. La proposition Gourju contenait dans son article 1er une disposition formelle ainsi conçue : « Ce pécule s'étendra seulement aux produits et bénéfices du travail accompli pendant le mariage. » Mais ce texte n'a pas été reproduit dans la loi du 13 juillet 1907 et, ne l'avoir pas conservé, c'est avoir voulu implicitement le supprimer. Il ne s'agit pas là d'une erreur volontaire (1), mais d'un oubli médité. La femme qui se marie, pleinement capable avant la célébration du mariage, recouvrera sa capacité entière au jour de la dissolution. Est-il admissible qu'une loi qui accroît son indépendance au cours de l'union vienne créer ainsi une véritable incapacité rétroactive ? Il y aurait là une exception au principe qui serait un germe de destruction, et la scission profonde établie dans le patrimoine de l'épouse entre deux masses de biens, les gains antérieurs au mariage et ceux postérieurs à l'union, serait tout à fait arbitraire.

Malgré le nombre des arguments invoqués, nous croyons préférable de nous rallier à la thèse opposée. En fait, tout d'abord, la distinction entre les bénéfices réalisés avant le mariage et ceux obtenus après sera facile à établir. En droit, la solution par nous admise est seule conforme à la lettre

(1) Pichon, *Revue critique*, 1908, p. 400 et seq.

et à l'esprit de la loi. Le texte, comme l'intitulé permet de le prouver, ne s'occupe que de la femme mariée ; et le mot femme, employé seul dans les divers articles, est évidemment synonyme d'épouse. D'autre part la législation de 1907 est une dérogation aux principes généraux du Code civil et elle doit, comme toute exception, être interprétée d'une façon très restrictive. Ainsi la disparition de la proposition Gourju s'explique non parce qu'on a voulu en condamner le point de vue, mais parce qu'on a estimé qu'il y avait là une conséquence nécessaire, inutile à formuler. En dehors des hypothèses où le législateur de 1907 a manifesté sa volonté d'une manière certaine, le Code civil demeure en vigueur et, conformément à l'article 1401, al. 1, tout le mobilier présent de la femme tombe en communauté. Les gains antérieurs à la célébration du mariage, meubles corporels, les créances résultant d'un travail effectué par la femme, meubles incorporels, sont des valeurs communes.

Sans doute la construction n'est pas aussi harmonieuse que celle de M. Pichon, et elle manque d'unité. Mais ce défaut (si c'en est un) résulte de la juxtaposition de deux systèmes éloignés d'un siècle, et il n'appartient pas à l'interprète de transformer la loi au nom de la logique, d'introduire la séparation de biens intégrale comme régime légal.

Une troisième question, généralement peu étudiée, consiste à se demander s'il n'y a point lieu de distinguer d'après la cause des fruits du travail. En d'autres termes, quel est le sort réservé aux produits de l'*activité immorale ou illicite de l'épouse*?

La jurisprudence n'a été appelée qu'une seule fois à trancher directement ce problème. Une hypothèse, voisine selon certains auteurs, s'était présentée devant la Cour de

cassation le 5 février 1873, et le tribunal suprême avait posé la règle suivante : de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, il résulte qu'une femme ne peut exiger de son mari le versement dans la communauté d'une somme que celui-ci avait reçue d'un tiers en vertu d'une transaction ayant eu pour objet de réparer l'affront et le tort faits au mari par l'infidélité de sa femme.

Ici le gain litigieux provenait bien d'une cause honteuse de la part de l'épouse, mais il était versé entièrement à l'époux innocent. Priver entièrement l'époux coupable de toute participation à l'indemnité, c'était « satisfaire (1) en même temps et concilier ensemble la morale, le droit et la logique ». Bien que M. Labbé ait rapproché de cette espèce la difficulté que nous allons étudier, nous tenons à écarter dès maintenant toute analogie entre les deux litiges et par suite entre les deux solutions. Il s'agissait dans l'affaire de 1873, si nous allons au fond des choses, non de la condition à faire à un produit de l'activité illicite de la femme, mais bien de la fixation par voie de transaction d'une indemnité due au mari pour le préjudice moral qu'il avait subi.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt (2) du 4 août 1909, vise expressément l'exercice par le mari d'une industrie illicite, et elle statue dans les termes suivants :

« Les bénéfices d'une exploitation même déshonnête tombent dans la communauté, l'article 1401 du Code civil ne permettant aucune distinction, non plus que l'équité.

« Dès lors tombent dans la communauté, les bénéfices réalisés par la vente d'un remède secret et doivent être partagés suivant les règles du partage de la communauté. »

M. Labbé, dans la note précitée, justifiait d'avance la so-

(1) Note Labbé, sous l'arrêt précité, S. 73.1.289.
(2) *Gaz. Pal.*, 1909.2.571.

lution de la Cour de Paris en écrivant : « Quand un époux a réalisé des bénéfices dans un commerce illicite ou pour cause honteuse, les lui réserver propres serait contraire au droit et à la morale ; les attribuer en entier à son conjoint et lui refuser toute part dans ces bénéfices serait contraire à toute logique : car ils sont ou propres à celui qui les a gagnés ou communs, il n'y a pas de milieu. » Mais cette dernière affirmation du savant arrêtiste, vraie en 1873, n'est plus exacte de nos jours en ce qui concerne l'épouse. La loi du 13 juillet 1907 a créé non pas un « milieu » entre les propres et les biens communs, mais une troisième qualité, celle des biens réservés. Les produits de l'activité illicite de l'épouse appartiennent-ils à cette nouvelle classe ? Nous répondons à la question par l'affirmative : la loi de 1907 a transféré à la femme mariée, sur les fruits de son labeur, les droits reconnus auparavant au mari par le régime de communauté. La même généralité de termes se retrouve et dans l'article 1401 du Code civil et dans l'article 1er du texte récent qui s'appliquent l'un et l'autre aux bénéfices résultant du braconnage, de la contrebande ou de la prostitution.

B. — La proposition faite en 1894 par M. Goirand, nous avons eu l'occasion de l'indiquer sommairement, s'était bornée à « limiter les droits d'administration (1) du mari et à conférer à la femme sur le produit de son travail les mêmes droits d'administration qu'exerce le mari sur tous les autres biens de communauté ». L'épouse pouvait bien disposer (2) des fruits de son travail, mais si elle les employait à l'acquisition d'un bien mobilier ou immobilier, ainsi transformés, ils tombaient en communauté ; et il en était de même si, au lieu de les dépenser comme la loi lui en donnait le

(1) *J. off.*, 1894, Chambre, annexe 801, p. 498.
(2) *J. off.*, 1895, Chambre, annexe 1609, p. 206.

droit, elle les économisait. Dans l'un et l'autre cas, le salaire dont la femme n'avait pas disposé était laissé à l'administration du mari et devenait le gage des créanciers. Aller plus loin, constituer à l'épouse des droits plus étendus, c'était, d'après M. Goirand, la négation du régime de communauté ; c'était permettre contre les créanciers des fraudes innombrables.

Toutes ces raisons n'ont pas prévalu, et les propositions postérieures, la loi du 13 juillet 1907, elle aussi, se sont ralliées à la *thèse extensive*. C'était en effet un singulier raisonnement que celui-ci : la législation vous protège si vous êtes dépensière, elle ne s'occupe pas de vous si vous êtes économe. Votre mari n'aura pas le droit de vous ravir chaque jour 2 francs ; il attendra quelques mois et s'emparera de 100 francs. Plus il sera tenté par l'importance de la somme qu'il convoite, moins vous aurez de garanties !

Il est de toute nécessité *au point de vue pratique*, que la femme puisse conserver par devers elle pour les jours d'adversité l'argent qu'elle a péniblement gagné. C'est là son rôle essentiel ; c'est sa puissance d'épargne qui fait la fortune et la force de notre société française. Le législateur a le devoir d'assurer cette fonction sociale ; il n'a pas le droit d'en entraver le développement. Admettre la solution inverse, ce serait compromettre toute l'efficacité de la réforme.

D'autre part, au point de vue théorique, cette solution légale n'est que l'application d'un grand principe que nous avons vu expressément reconnu par le Code civil allemand, celui de la *subrogation réelle* (1). Cette conception, longtemps entravée dans son développement par la limita-

(1) Cf. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle* dans la *Revue critique*, 1901, p. 236 et seq. ; note Planiol au D. 1902. 1.33, et la thèse de M. Charles Stora, Paris, 1901.

tion arbitraire qui en était faite aux universalités, par l'explication peu satisfaisante qu'en donnait l'idée de fiction (1), tend de nos jours à s'assouplir de plus en plus et à s'émanciper du joug des deux influences auxquelles elle est demeurée trop longtemps soumise dans le passé. La formule nouvelle est très nettement indiquée par M. Planiol. « Quand un bien, nous dit il, reçoit une affectation, il est envisagé dans sa valeur pécuniaire plutôt que dans son individualité matérielle ; il devient un simple moyen de réaliser le but voulu et sa conservation n'est nécessaire que dans ce but. Il peut donc être remplacé par un autre, mais alors la subrogation s'impose... Ainsi comprise, elle cesse d'avoir à un degré quelconque le caractère d'une fiction ; elle est une réalité juridique, l'effet direct d'une volonté exprimée ou sous-entendue ».

De ce principe découlent, au point de vue spécial qui nous occupe, deux grandes conséquences, l'une que nous étudierons dans notre paragraphe 4 à propos de l'emploi des gains de l'épouse, l'autre que nous devons dès maintenant envisager et qui est relative aux rentes et aux indemnités obtenues par le travail ou à l'occasion du travail de l'épouse. *Les rentes*, *les pensions*, *les retraites* qui seront attribuées à la femme ouvrière, employée ou fonctionnaire, soit à la suite d'un accident, soit en raison de son grand âge, sont des droits essentiellement personnels ; et de leur incessibilité résulte leur exclusion de la communauté, leur caractère de propres. Mais les arrérages, mais les annuités rentrent dans le champ d'application de la loi du 13 juillet 1907. « En effet, cette pension alimentaire, cette pension de retraite représente en réalité, dit M. Damez (2), une rete-

(1) Cf. notre étude sur l'Idée de fiction. *Revue générale de droit*, 1908, p. 415 et seq.

(2) *Op. cit.*, p. 432 et 433.

nue faite sur les salaires et les appointements, et c'est bien encore à cause et à l'occasion du travail qu'elle est due et qu'elle est servie. » Ce serait donc l'origine de ces valeurs qui en expliquerait le caractère.

Nous préférons nous attacher à l'idée d'*affectation à un but commun* qui est l'intérêt du ménage. C'est parce que l'intégralité des gains de l'épouse est dirigée vers cette fin que l'indemnité ou la rente qui viennent remplacer la totalité ou une partie de l'activité (1) seront grevées de la même charge, subiront le même sort que les produits du travail eux-mêmes. Ce critérium qui détermine la nature des biens moins par les patrimoines d'où ils sortent que par les buts qu'ils poursuivent, nous permet d'expliquer tout naturellement ce que M. Damez ne peut justifier que comme une exception. « Nous ferons fléchir le principe d'après lequel les droits de la femme sont limités aux produits du travail effectué par elle depuis la célébration du mariage. Les arrérages de rentes dues pour des accidents même antérieurs au mariage... entreront dans le pécule disponible de la femme, et cela à cause de leur caractère alimentaire. » La subrogation réelle n'a pas besoin de recourir à une dérogation au droit commun pour admettre cette solution tout à fait désirable en pratique. Les arrérages sont la part représentative de la diminution dans la capacité de travail de l'épouse ; ils s'élèvent par exemple à 200 francs par an, car après l'accident la femme ne peut plus gagner que 800 fr. au lieu de 1.000 francs. En l'absence de tout accident, les 1.000 francs, produits du labeur de la femme, auraient été biens réservés. Aucun changement ne doit résulter du fait de ce qu'une partie de la capacité de travail est rémunérée

(1) Orléans, 31 mai 1907, S. 1909.2.113 et note Demogue.

par une rente au lieu de l'être par un salaire. Les fruits de l'activité économique de l'épouse sont envisagés dans leur valeur pécuniaire, non dans leur individualité matérielle.

Une hypothèse, voisine de celle que nous venons d'envisager, est plus délicate encore et susceptible de se poser d'ici peu journellement dans la pratique. Il s'agit, non plus d'une rente obtenue à la suite d'un accident du travail, mais d'une pension de retraite accordée à une fonctionnaire ou à une ouvrière. Quelle est la condition juridique des arrérages lorsque l'épouse a travaillé à la fois avant et après la loi du 13 juillet 1907 ? Mme X est entrée dans l'enseignement en 1877 après son mariage ; elle se retire en 1912 et sa pension est liquidée à 1.400 francs. Y a-t-il lieu de diviser ce qu'elle touche en deux parts proportionnelles au temps, pour attribuer 1/7 des arrérages (1) aux biens réservés et le reste aux biens d'apport ?

En s'attachant uniquement à l'origine des valeurs, on arrive nécessairement à la solution que nous venons d'exposer, et on doit l'admettre malgré les complexités pratiques intolérables qu'elle fait naître. Si au contraire on donne la place prépondérante à l'idée de but et à l'affectation aux charges du ménage, on constate que la pension de retraite vient à une époque déterminée se substituer au traitement. La consistance matérielle se trouve modifiée, le caractère juridique n'est pas atteint, et la qualité de bien réservé saisit les arrérages et les saisit tout entiers dès le moment de leur entrée dans le patrimoine de la femme.

(1) Ce septième correspondrait à la période 1907-1912, les 6/7 à la période 1877-1907.

§ 4. — Le but de la loi de 1907.

Nous quittons désormais le domaine des questions générales théoriques et simples pour entrer dans l'examen des problèmes spéciaux plus pratiques et plus complexes. Nous nous sommes placé jusqu'ici à un point de vue analytique, dissociant les éléments pour les mieux saisir, démontant les rouages pour les mieux examiner ; il nous faut maintenant reprendre les notions que nous avons parcourues, mettre les personnes dont nous avons vu l'énumération, les biens dont nous avons déterminé l'étendue en contact avec la vie. Du repos nous passons au mouvement ; de l'état statique, à l'état dynamique. Et c'est un aspect particulier de l'activité humaine que nous devons étudier avec la diversité des buts sociaux, avec les conflits incessants d'intérêts opposés, souvent aussi respectables les uns que les autres. De nombreuses tendances s'entrechoquent : tantôt, légitimes et légales, elles réclament une plus grande extension ; tantôt, légitimes sans être encore légales, elles aspirent à être reconnues par la loi positive ; tantôt enfin, légales et non légitimes, défendues par les uns, elles sont violemment attaquées par les autres. C'est la lutte constante entre ce qui est et ce qui tend à être.

Nous adopterons la méthode préconisée par M. Thaller dans son Introduction à la vie juridique du Français et appliquée par lui dans son étude de la faillite ; elle a l'avantage de « mieux situer l'individu dans le droit » et de moins séparer l'étude théorique de la vie pratique. Nous envisagerons tour à tour les divers personnages qui peuvent jouer un rôle dans la vie du ménage pour fixer la situation qui leur est faite par la loi nouvelle ; et nous étudierons successivement :

A. — La femme et les biens réservés.

B. — Le mari et les biens réservés.

C. — Les époux et la contribution aux charges du ménage.

D. — Les tiers et les biens réservés.

A. — *La femme et les biens réservés.* — La personnalité juridique se manifeste sous des aspects multiples : l'être humain qui en est investi exerce sur les choses des droits différents par leurs noms parce qu'ils sont divers dans leur étendue ; il peut être mandataire ou avoir en son propre nom l'usage ou la jouissance ou la propriété. Il contracte avec autrui, il devient, selon les hypothèses, créancier ou débiteur ; il est sujet actif ou passif de droits réels ou de créance. S'il est troublé dans l'exercice de ses prérogatives par les empiètements de tiers trop ambitieux ou malhonnêtes, il peut porter ses revendications devant les tribunaux qui diront où est le bon droit. Etre titulaire de droits réels, contracter des obligations, agir en justice, telles sont les trois manifestations de l'individualité juridique ; sont-elles permises à la femme mariée par la loi du 13 juillet 1907 ?

a) L'article 1^er^ du texte précité reconnaît à l'épouse « les mêmes droits d'administration que l'article 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens ». Nous verrons plus loin tout ce que cette affirmation contient d'inexact ; il nous suffit pour l'instant d'analyser les différents droits conférés à la femme.

La libre administration des produits de son travail lui est expressément accordée ; elle aura donc pleine capacité pour toucher elle-même ce qu'elle a gagné sans avoir besoin d'aucune autorisation. Il n'y a du reste pas là une nouveauté, et c'est seulement la consécration légale d'une situation de fait généralement admise avant la promulgation de la loi nouvelle.

Le paragraphe 2 permet à l'épouse de faire emploi de ses gains en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières. Les termes dont se sert le texte sont des plus larges (1) ; ils comprennent à la fois les versements aux caisses d'épargne, aux caisses de retraites, aux sociétés de secours mutuels, les dépôts dans les banques privées ou publiques, les prêts à des particuliers ou à des communes ; ils s'étendent aux placements en fonds d'Etat, en obligations de villes, de départements ou de provinces, en achats de biens meubles ou immeubles de toute nature.

Il sera prudent en pratique, selon le conseil de M. Dépinay, de faire constater l'origine des deniers et l'acceptation d'emploi. En l'absence de cette constatation, le droit commun retrouverait son empire, et, au cas de régime communautaire, l'article 1401 s'appliquerait. S'il s'agit d'acheter des valeurs de bourse, il y aura lieu de recourir à la conversion des titres au porteur en titres nominatifs immatriculés au nom de la femme avec mention de sa profession personnelle et distincte.

Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'acquisitions au comptant, et M. Guillier, dans son rapport au Sénat, a spécialement visé les achats à terme : c'est qu'en fait une occasion avantageuse peut se présenter, et la femme désire en profiter sans avoir l'argent disponible ; c'est qu'en droit cette solution découle naturellement de la capacité de s'obliger reconnue à l'épouse.

La jouissance des biens réservés, malgré le silence de la loi à cet égard, appartient naturellement à la femme. Les déclarations de M. Gourju sont formelles ; et aucune controverse sérieuse n'a été soulevée à ce sujet. Il en fut autre-

(1) Dépinay, *op. cit.*, p. 104.
(2) *J. off.*, Chambre, *Déb. parlem.*, 15 mai 1907, p. 674.

ment pour le *droit de disposition*. M. Legrand, s'inspirant des règles édictées en matière de séparation de biens, réclamait l'autorisation maritale pour l'aliénation par l'épouse du pécule qu'elle avait amassé ; sous le régime de communauté, il se contentait d'assimiler les produits du travail aux propres de la femme. Ses conceptions, plus respectueuses de la tradition, ne triomphèrent pas. M. Guillier les combattit à la fois au point de vue pratique et au point de vue théorique. Pour donner à la femme une liberté sérieuse et complète, pour la soustraire à la domination fâcheuse d'un mari débauché ou dissipateur, il faut aller jusqu'à lui concéder le droit d'aliéner ce qu'elle a personnellement gagné ; et le rapporteur au Sénat ajoutait : « Si on lui reconnaît le droit d'acquérir, elle doit pouvoir échanger et par suite vendre un immeuble pour en acquérir un autre plus avantageux. » En cas d'éventualités pénibles, l'épouse doit pouvoir réaliser ce qu'elle a économisé en vue de ces éventualités.

Telle est la préhistoire du paragraphe 3 de l'article 1er conçu dans les termes suivants : « Elle peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner *à titre onéreux* les biens acquis (1). » L'activité économique de l'épouse s'exerce donc en pleine indépendance, toutes les fois que la femme reçoit une prestation en échange de celle qu'elle fournit. C'est seulement lorsqu'il s'agit d'une opération à titre gratuit que la loi de 1907 cesse de s'appliquer. La femme veut-elle faire un testament, elle pourra, sous les régimes communautaires, disposer seulement de sa part dans les biens communs ; et si elle lègue un bien à titre particulier, le sort de sa libé-

(1) La femme peut, sans l'autorisation du mari, constituer un bien de famille insaisissable sur ses biens réservés (Loi du 12 juillet 1909, art. 3, § 3).

ralité sera subordonné à l'effet du partage. Songe t-elle à faire une donation entre-vifs, elle retombe sous le droit commun et l'autorisation maritale est nécessaire. « Avant comme après la nouvelle loi, dit M. Viollette (1), la femme ne peut avoir en cette matière une capacité quelconque qu'avec l'autorisation de son mari. »

Il y a pourtant lieu d'admettre la validité des présents d'usage qui sont d'habitude de minime importance. Il est regrettable, à notre avis, que la loi de 1907 ait abandonné une idée défendue en 1905 par M. Grosjean qui permettait les donations faites sur le pécule sans autorisation « pour l'établissement des enfants par mariage ou autrement ». Si l'acte à titre gratuit est prohibé d'une façon générale par le législateur, c'est qu'il est le plus souvent en contradiction avec l'idée essentielle du texte nouveau, avec l'affectation des biens réservés aux charges du ménage. Mais n'est-il pas conforme au principe de faire contribuer les gains et les économies de l'épouse à ce qui est à la fois le but le plus naturel et l'espoir le plus légitime de l'association conjugale? De même que le Code de 1804 dans son article 1422 a eu raison de déroger en faveur de l'établissement des enfants à la prohibition adressée au mari de donner des immeubles communs, de même la loi de 1907 aurait été à la fois plus logique avec elle-même et plus équitable en sanctionnant l'exception formulée par M. Grosjean.

Cette solution désirable en pratique sera peut-être admise par la jurisprudence. En effet, lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère exact de la constitution de dot, une controverse des plus vives sépare les tribunaux et les auteurs. La doctrine distingue selon que la constitution de dot émane de

(1) *J. off.*, Chambre, *Doc. parlem.*, annexe n° 1128.

la femme elle-même ou qu'elle est faite par le père, la mère ou un tiers quelconque. Au premier cas, l'acte est à titre onéreux ; le mari reçoit la dot pour faire face aux charges du ménage. Dans la seconde hypothèse, il y a en réalité deux opérations distinctes : le tiers fait une donation à l'épouse et celle-ci apporte à son mari les biens dont elle est gratifiée pour subvenir aux charges du ménage. Le second contrat est sans nul doute à titre onéreux, mais le premier intervenu entre le tiers et la femme est non moins certainement à titre gratuit.

Ces distinctions, basées sur une exacte analyse des rapports juridiques, sont totalement méconnues par les arrêts. A propos de l'exercice de l'action paulienne, la Cour de cassation en est arrivée à formuler un principe tout à fait général. « Les donations par contrat de mariage, décide un arrêt (1) du 18 janvier 1887, soit par la nature des obligations qu'elles imposent aux donateurs, soit par leur destination, sont de véritables actes à titre onéreux. » Cette règle prétorienne, étrangère au Code de 1804, est devenue le point de départ de toute une série de déductions. L'application la plus curieuse en a été faite par le tribunal civil de Bar-sur-Seine (2) qui, le 29 décembre 1906, a rendu le jugement suivant : Constitue un acte onéreux la donation faite par contrat de mariage à un futur époux.

D'où il suit que l'action en réduction n'est pas ouverte aux héritiers du donateur contre cette donation portant atteinte à la réserve.

Le tribunal arrive de la sorte à méconnaître de la façon la plus manifeste la disposition de l'article 1090 du Code civil. Si le principe de la Cour de cassation semble assez

(1) S. 87.1.97.
(2) *Gaz. Pal.*, 1907.1.486.

puissant aux juges pour leur permettre d'écarter un texte formel de la loi, à plus forte raison est on en droit de penser qu'il sera capable de combler une lacune de la législation positive et d'atteindre par une *inelegantia juris* un but sinon légal, tout au moins légitime !

Sous cette réserve, la disposition de la loi mérite d'être approuvée. La donation est un acte exceptionnel qui n'intéresse en rien l'entretien du ménage ; l'épouse ne pourra donc, sans autorisation, transmettre entre-vifs à titre gratuit (1), des valeurs mobilières ou immobilières, constituer une rente perpétuelle ou viagère, procéder à une donation à titre de partage anticipé.

b) A côté des actes de disposition directe et immédiate se placent les opérations juridiques qui peuvent aboutir au même but, mais d'une façon détournée et éventuelle : ce sont *les obligations* par lesquelles le débiteur s'expose, en l'absence de paiement, à la sanction organisée par le Code dans ses articles 2092 et 2093. L'épouse peut-elle devenir librement débitrice ? C'est une question que la loi du 13 juillet 1907 ne tranche pas expressément ; mais la solution affirmative ne saurait être mise en doute. Il paraît logique tout d'abord que la faculté d'aliéner implique celle de s'obliger ; d'autre part, l'article 3 dans son premier alinéa permet, dans les termes les plus généraux, aux créanciers de la femme de saisir ses biens réservés. L'absence de l'autorisation maritale (1) exonère de toute responsabilité pour les dettes personnelles de l'épouse le patrimoine du mari et les biens ordinaires de la communauté : c'est proclamer la possibilité pour la femme d'engager dans tous les cas par ses obligations le pécule qui lui appartient.

(1) Dépinay, *art. cit.*, p. 271.

S'il n'y a pas de limitation subjective tirée de la volonté du mari, la loi ne fixe pas davantage une restriction objective résultant du but poursuivi. Les pouvoirs reconnus à l'épouse sont aussi larges qu'en matière d'aliénation. La question de savoir si la dette a été contractée dans l'intérêt du ménage peut étendre ou restreindre les effets (1) des obligations ; elle n'est pas susceptible d'en affecter la validité.

Cette capacité dont nous venons d'admettre le principe est-elle sans limites ? Se rencontre-t-elle vis-à-vis de toutes les personnes et notamment vis-à-vis du mari ? Existe-t-elle pour toutes les modalités qui peuvent aggraver une obligation et spécialement pour l'hypothèque ? Tels sont les deux problèmes qui nous restent à résoudre.

La femme peut-elle consentir à *donner sa signature à un des créanciers personnels du mari ?* A cette question, M. Viollette, dans son rapport du 28 juin 1907, répond par la négative. « La signature (2) devrait être considérée comme nulle, d'une nullité d'ordre public. En effet, il ne servirait à rien de dire dans l'article 1er que la femme ne peut pas renoncer au bénéfice de la loi si, dans chaque cas particulier, elle avait la possibilité de consentir à la violation de la loi. Il serait d'ailleurs plus dangereux de permettre la dérogation par convention générale, c'est-à-dire par contrat de mariage. » L'ascendant pris par le mari au cours de l'union arracherait à l'épouse des promesses nombreuses ; et la protection instituée par la loi serait réduite à néant par la convention.

La conclusion du rapporteur c'est, en théorie, qu'il ne faut pas donner à la femme la faculté de se dépouiller de ce

(1) Cf. *infrà*, les tiers et les biens réservés.
(2) *J. off.*, Chambre, *Doc. parlem.*, 1907, annexe n° 1128.

patrimoine que le législateur veut constituer comme la suprême ressource de la famille dans les jours de détresse. C'est en pratique que l'épouse, même après avoir donné sa signature, peut obtenir mainlevée de la saisie mobilière ou immobilière. Il lui suffira d'exciper de ce que le saisissant est un créancier personnel du mari, de prouver que la valeur ou l'immeuble ont été achetés avec le produit de son salaire ou les économies en provenant.

Il est assez curieux de voir l'un des partisans les plus convaincus du mouvement d'émancipation de la femme faire appel à la vieille idée de protection et par suite à celle de l'incapacité. C'est la résurrection du sénatus-consulte Velléien, la prohibition de l intercession de l'épouse pour le mari. Cette solution est contraire à la fois et aux intérêts bien entendus de la femme et aux principes généraux de la législation.

Un droit établi au profit d'une personne déterminée n'est pas frappé d'une immobilité absolue entre les mains de son titulaire. Il n'a de valeur que par l'exercice qui en est fait, par l'extériorisation qui lui est donnée : et si son possesseur ne se sent pas capable d'en tirer par lui même tous les avantages qu'il comporte, il a la faculté, il a presque le devoir d'en déléguer la jouissance. S'engager pour autrui, ce n'est pas abdiquer sa personnalité, mais bien exercer une prérogative. Sans doute le consentement peut n'avoir pas été libre ; l'erreur l'a entraîné, la violence l'a extorqué ou le dol l'a surpris. Mais ce n'est pas une raison suffisante pour rendre impossible dans tous les cas le consentement lui-même ; et il ne faut pas, sous prétexte d'empêcher les abus des droits, refuser les droits eux-mêmes.

Les besoins pratiques s'accordent ici avec l'analyse juridique pour condamner la solution de M. Viollette. La pro-

tection qu'il prétend octroyer serait à la fois inefficace et funeste. Elle serait inutile, car la femme capable d'aliéner ses biens réservés s'empresserait de les vendre, et le prix en serait remis au mari. Elle serait funeste, car elle ferait de l'épouse une étrangère au lieu de réclamer son intervention fréquente pour l'extension du crédit du mari. Au contraire, les obligations de la femme sur ses biens réservés joueront le même rôle que les conventions sur l'hypothèque légale (1) : alors qu'en apparence l'institution du pécule et celle de l'hypothèque sont une restriction considérable au gage que le mari peut offrir à ses créanciers, l'accord des deux époux peut les transformer en des moyens incomparables de crédit. Les créanciers du mari ne sont pas seulement des cabaretiers, comme semble le croire M. Viollette ; il se rencontre des circonstances où la femme, sans aucune contrainte physique ou morale, désire aider son mari dans une situation difficile. Il n'appartient pas au législateur de le lui interdire.

L'opinion du rapporteur à la Chambre doit du reste être regardée comme lui étant purement personnelle, et elle ne lie pas l'interprète. « Si la cause de l'engagement du mari est légitime et avouable, dit M. Guillier, les créanciers personnels du mari prendront la précaution d'exiger le concours de l'épouse. » Cette conception, mieux en rapport avec les nécessités pratiques, doit être considérée comme étant celle de la loi.

L'épouse qui a pleine liberté pour contracter des obligations peut-elle constituer par convention une *hypothèque* portant sur un immeuble de son pécule ? La question n'a été envisagée que par M. Dépinay. D'après lui, l'autorisa-

(1) Pichon, *Revue critique*, 1908, *op. cit.*, p. 222.

tion maritale est ici absolument nécessaire : « La jurisprudence (1), interprétant strictement une exception à un principe de droit, n'admet pas que, même dans les cas où la clause comporte la plus grande latitude, l'expression faculté d'aliéner, introduite dans les contrats de mariage, entraîne pour la femme dotale le droit d'hypothéquer ses immeubles dotaux. » On pourrait encore invoquer à l'appui de cette thèse l'idée traditionnelle qui représente l'hypothèque comme plus dangereuse que l'aliénation : lointaine dans ses effets, elle semblerait moins redoutable et serait bien plus facilement consentie par le débiteur.

Nous croyons cependant préférable de nous rattacher à la solution opposée. L'article 2124 du Code civil établit une corrélation certaine entre le droit de disposer et la faculté d'hypothéquer. Si les femmes mariées, si les mineurs émancipés ne peuvent, d'après le droit commun, constituer d'hypothèques même pour les obligations qu'ils sont capables de consentir valablement, c'est que le droit de disposer leur est refusé. Dans notre hypothèse, au contraire, le principe de l'article 1er, alinéa 3, de la loi nouvelle conduit à reconnaître à l'épouse la faculté d'établir sur ses biens réservés une hypothèque conventionnelle.

L'argument d'analogie emprunté au régime dotal par M. Dépinay n'est pas concluant. Les articles 1554 et suivants du Code civil n'admettent le droit d'aliénation que d'une façon très restrictive ; la loi du 13 juillet 1907 en fait la règle et le consacre dans les termes les plus généraux.

Ainsi, grâce au pouvoir de s'obliger que nous lui reconnaissons très largement, l'épouse interviendra souvent dans les actes juridiques passés avec le mari : sa responsabilité

(1) Dépinay, *Revue de notariat*, 1908, *op. cit.*, p. 169.

en sera plus grande, mais son rôle deviendra aussi plus noble et son influence plus puissante. Il ne faut pas, au nom d'une protection mal comprise, détruire ou menacer la collaboration nécessaire entre le mari et la femme qui profite à celle-ci autant qu'elle est favorable à celui-là. C'est en conservant et en augmentant la situation de fait qu'elle possède aujourd'hui que l'épouse arrivera demain à consolider et à étendre sa situation de droit.

c) La création de droits nouveaux n'a de prix que par les *moyens pratiques* qui permettent de les faire valoir. Toute l'efficacité de la réforme aurait été compromise si le mari avait pu, en refusant son autorisation, étouffer les réclamations de l'épouse devant les tribunaux. L'article 6 de la loi de 1907 tient compte de ces considérations et il vient déclarer que « la femme pourra ester en justice sans autorisation dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi ».

C'est le développement d'une tendance qui s'était déjà révélée dans deux textes antérieurs (1). L'article 16 de la loi du 12 juillet 1905 sur la compétence des juges de paix permet à ces magistrats « d'autoriser une femme mariée à ester en jugement devant leur tribunal, lorsqu'elle n'obtient pas cette autorisation de son mari entendu ou dûment appelé par voie de simple avertissement. La loi du 27 mars 1907 concernant les conseils de prud'hommes décide d'autre part, dans son article 36, que « le conseil, en cas d'absence, d'empêchement ou de refus d'autorisation du mari, peut autoriser la femme mariée à se concilier, demander ou défendre devant lui ». Il n'y avait là sans doute que des tentatives timides et partielles ; mais elles démontraient l'existence

(1) Cf. Morin, thèse, p. 275.

d'un courant hostile à l'incapacité de l'épouse de se présenter devant les tribunaux. La loi de 1907, à la fois plus générale dans son application et plus hardie dans ses conceptions, a définitivement rompu avec les survivances des idées romaines.

La femme a acquis un immeuble avec ses gains, et, troublée dans sa jouissance, elle exerce contre son vendeur une action en garantie ; elle a loué une maison ou une terre et elle poursuit le recouvrement de ses loyers ou de ses fermages ; elle réclame l'exécution d'un mandat qu'elle a donné pour l'administration de son pécule : dans toutes ces hypothèses que nous indiquons seulement à titre d'exemples, l'article 6 trouve son application, que l'épouse soit demanderesse ou défenderesse, qu'il s'agisse du début ou de la fin de la procédure ; aucune autorisation maritale n'est exigée. Libre à elle de participer à un ordre, de former une surenchère, de se désister, de transiger ou d'acquiescer ; libre à elle de faire naître une instance, de la conduire, de l'éteindre. L'émancipation économique de la femme mariée a amené la loi du 13 juillet 1907 à reconnaître son indépendance juridique.

Il ne suffit pas de reconnaître des droits au point de vue théorique, d'en permettre l'exercice devant les tribunaux ; il faut encore et surtout faciliter leurs manifestations en déterminant des modes simples de les faire valoir. Imposer une preuve à une partie, c'est créer à sa charge une obligation très lourde ; c'est parfois la condamner d'avance, c'est toujours compliquer sa tâche. Ces considérations pratiques ont inspiré au législateur les dispositions de l'article 1er, paragraphe 4, et de l'article 4 ; nous en renvoyons l'examen à l'étude que nous consacrons plus loin aux rapports des tiers avec les biens réservés.

B. — *Le mari et les biens réservés.* — L'extension de la capacité de l'épouse a été guidée principalement par l'idée de l'intérêt du ménage. C'est à ce principe que nous pouvons rattacher les deux formes de l'intervention du mari ; ou bien (et nous étudierons plus tard cet aspect de la question) *il contracte dans l'intérêt du ménage*, et ses obligations sont alors exécutoires sur le pécule de l'épouse ; ou bien *la femme abuse des pouvoirs* qui lui sont conférés, et le chef de l'union conjugale estime nécessaire de mettre un terme à ces excès. Comme le remarque très justement M. Damez (1), la femme n'est pas toujours un ange de vertu, le mari un monstre d'iniquité. Quelquefois même les rôles sont intervertis. Une passion exagérée pour le luxe, parfois aussi une tendance très nette à l'alcoolisme ou à la débauche peuvent détourner l'épouse de l'exécution de ses devoirs. Il est alors légitime de décider, comme le fait le législateur dans l'article 2, que le mari pourra recourir à la justice pour faire retirer à la femme les prérogatives (2) à elle reconnues. Le véritable progrès social consiste en effet à réaliser un juste équilibre entre les divers intérêts en conflit et non à laisser subsister l'oppression en changeant seulement la personne des opprimés.

Le texte proposé au Sénat parlait simplement du cas d'abus sans déterminer davantage ce qu'il entendait par ce terme. M. Guillier disait à ce sujet : Pour préciser autant qu'il est possible la portée du mot abus, j'avais envisagé l'hypothèse d'une femme ayant sagement administré sa fortune, fait des économies, bien géré son pécule pendant quelques années. J'avais ensuite supposé que sous l'em-

(1) *Op. cit.*, p. 452.

(2) Comparez avec les articles 485 et 486 du Code civil relatifs au retrait de l'émancipation.

pire d'inspirations différentes, elle cessait d'être une femme économe, entendue aux affaires, qu'elle se livrait à des dépenses excessives, ce qui devenait un abus, ou bien encore qu'elle se laissait entraîner par imprudence ou par inexpérience à des opérations téméraires et inquiétantes, autre forme de l'abus. Le rapporteur, pour compléter sa pensée, ajoutait qu'il fallait instituer au profit du mari un remède analogue à la séparation de biens.

Sur une observation de M. de Lamarzelle qui déclara se défier de l'équité des Parlements et redouter les textes trop vagues, on ajouta à l'article 2 les mots « notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion ». Ces termes, dus à M. Théodore Girard, sont loin d'être limitatifs ; ce sont de simples exemples qui ne doivent pas être interprétés d'une manière restrictive.

Ce qui fait, à notre avis, toute l'importance de l'article 2, c'est moins la détermination des hypothèses où il s'applique que la procédure qu'il organise. Il n'y a plus désormais ce pouvoir illimité et arbitraire du mari qui supprime par sa volonté seule les pouvoirs de l'épouse. A la monarchie absolue se substitue de plus en plus, en droit privé comme en droit public, un régime constitutionnel. L'assemblée à qui est transmis ici le droit de contrôle, c'est le tribunal statuant en chambre du conseil, le ministère public entendu. On écarte ainsi les hommes de loi qui pourraient peut-être exciter les rivalités au lieu de les apaiser ; on exige autant que possible la présence des deux époux pour avoir plus de chances de les mettre d'accord.

En cas d'urgence, le président du tribunal peut, par ordonnance de référé, donner au mari l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers. Ce procédé offre plus de garanties à l'épouse qu'une

ordonnance sur requête ; ce second moyen, adopté par le Sénat, a été écarté : un débat contradictoire permettra à la femme de ne pas tenir compte des oppositions purement vexatoires formées par son mari.

Par son article 2, la loi du 13 juillet 1907 se rattache encore au vaste mouvement moderne qui tend à organiser des déchéances nombreuses dans le droit des personnes, en partant du principe que les prérogatives entraînent des devoirs corrélatifs et qu'on ne peut jouir de celles-là qu'en s'acquittant régulièrement de ceux-ci.

Les juges ont la faculté de prononcer le retrait total ou partiel des pouvoirs de l'épouse : il y a là une question de fait qui devra être tranchée d'après la gravité des griefs invoqués par le mari, d'après les circonstances de l'espèce.

C. — *Les époux et la contribution aux charges du ménage.* — L'union de l'homme et de la femme destinée à fonder une famille entraîne nécessairement par elle-même certaines charges. Il faut loger, vêtir et nourrir les membres de la petite société, supporter les frais occasionnés par l'entretien et l'éducation des enfants, payer les dépenses qui ont leur cause dans un procès engagé dans l'intérêt des époux, subvenir aux dettes résultant des maladies (1) de tous. Il est à la fois conforme à la logique et désirable en équité que les deux conjoints qui, par leur volonté, ont créé ces obligations en soient l'un et l'autre responsables. Il y a là une théorie d'ensemble dont le principe général devrait être affirmé dans la loi, indépendamment de la question du régime matrimonial.

Cette conception, nous ne la trouvons nulle part formellement exprimée dans le Code de 1804 ; elle se borne à

(1) Cass , 3 juillet 1907, D. 1907.1.384.

inspirer toute une série de dispositions particulières, éparses tant au titre du mariage qu'à celui du contrat de mariage. Sous les régimes de communauté, les charges du ménage incombent au patrimoine commun ; sous le régime dotal pur et sous le régime de sans communauté, elles reviennent entièrement au mari, alors même que l'épouse a des biens paraphernaux ; enfin, sous la séparation de biens, suivant qu'elle a sa source dans la loi ou dans la convention, la contribution de la femme est fixée « proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari », ou elle résulte du contrat de mariage qui la détermine librement. Dans cette dernière hypothèse, le législateur, en l'absence de pacte matrimonial, décide que la femme participera aux charges communes jusqu'au tiers de ses revenus.

En réalité, si on excepte le régime de séparation de biens, on est en droit de conclure que la part de chaque conjoint dans les obligations résultant de la vie commune n'était pas juridiquement organisée dans la loi de 1804. Les difficultés apparaissaient nombreuses lorsque l'épouse voulait obtenir la contribution du mari. Elle ne pouvait, en effet, hors de l'hypothèse de l'article 1537, que faire appel à l'article 212 du Code civil qui impose aux époux les devoirs réciproques de secours et d'assistance, à l'article 214 qui ordonne au mari de fournir à l'épouse tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de sa vie, à l'article 203 qui met à la charge des deux conjoints l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants.

Or les tribunaux n'admettaient en fait la réclamation de l'épouse *qu'après la rupture, après la cessation de la vie commune.* Il fallait qu'il fût intervenu soit un divorce, soit une séparation de corps régulière, soit une séparation de fait à l'amiable ; mais si la femme demeurait au domicile

conjugal, alors même que le mari n'aurait rien rapporté au ménage, l'article 212 ne s'appliquait pas. Si nous consultons les décisions les plus récentes qui ont admis le droit à une pension alimentaire, nous constatons toujours une suspension de la vie commune : c'est une femme que le mari refuse, sans motif valable (1), de recevoir au domicile conjugal ; c'est une épouse qui a quitté le foyer en raison de la vie intolérable (2) qui lui était faite par sa belle-mère ; c'est un mari sans ressources (3), âgé et infirme, qui est séparé de fait.

D'autre part, le mandat tacite qui, théoriquement, permettait à la femme d'obtenir indirectement la contribution du mari en contractant des obligations dans l'intérêt du ménage, était en pratique dénué de toute efficacité. La méfiance légitime des fournisseurs vis-à-vis de l'un des conjoints les entraînait naturellement à refuser à l'autre tout crédit.

Le seul moyen encore ouvert à l'épouse qui restait à la maison conjugale était de s'adresser au président du tribunal pour pratiquer, avec la permission de ce magistrat, une saisie-arrêt entre les mains du patron du mari. Mais cette procédure, longue et coûteuse, arrivait plutôt à paralyser le droit de l'épouse qu'à lui en permettre l'exercice.

C'est ce qui explique tout l'intérêt de la réforme introduite par la loi de 1907 dans ses articles 7 et suivants. Le principe est désormais affirmé dans toute sa généralité, et une procédure à la fois simple, rapide et peu coûteuse, en assure la réalisation dans le domaine des faits : « Faute par l'un des époux de subvenir spontanément, dans la mesure

(1) Trib. Montluçon, 16 novembre 1905, D. 1906.5.28.
(2) C. Douai, 26 mars 1901, D. 1902.2.188.
(3) Trib. Toulouse, 22 juin 1906, *Pand. fr.*, 1902.2.38.

de ses facultés, aux charges du ménage, l'autre époux pourra obtenir (1) du juge de paix du domicile du mari l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou du produit du travail de son conjoint une part en proportion de ses besoins. »

Le juge de paix, plus rapproché des justiciables, connaîtra mieux leurs ressources effectives. La comparution en personne évitera des intermédiaires qui pourraient aggraver les dissentiments et permettra au juge de remplir plus facilement et plus sûrement sa mission de conciliateur. Le mari et la femme seront appelés, non par une citation coûteuse, mais par un simple avertissement du greffier en la forme d'une lettre missive recommandée à la poste et indiquant la nature de la demande.

La simple signification du jugement faite au saisi et au tiers saisi vaut attribution au saisissant des sommes dont la saisie a été autorisée, sans qu'il soit besoin d'autre procédure.

Il suffit de comparer ces articles au titre du Code de procédure consacré aux saisies-arrêts et aux oppositions (art. 557 à 583) pour comprendre les progrès qui ont été réalisés.

L'article 10, plus général dans son application que les deux articles qui le précèdent, s'étend aux jugements qui sont rendus en vertu soit de l'article 2, soit de l'article 7 de la loi du 13 juillet. Toutes ces décisions sont exécutoires par provision, nonobstant opposition ou appel et sans cau-

(1) Il est intéressant de rapprocher cette disposition de l'article 171 du Code civil suisse qui permet au juge, lorsque le mari néglige ses devoirs de famille, de prescrire aux débiteurs des époux d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme (Cf. Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 246).

tion. Mais elles ne bénéficient pas de la dispense des frais de greffe, de timbre et d'enregistrement. Cette disposition qui se retrouvait dans les projets antérieurs a disparu sur une observation faite à la commission du Sénat par le ministre des finances. Une exemption complète (1), dit-il, s'expliquerait à la rigueur si la loi ne visait que les salaires des ouvriers et les autres gains aussi modiques, comme le fait la loi belge du 10 mars 1900. Mais puisqu'il n'en est pas ainsi, la dispense des droits arriverait à profiter à des gens qui n'en ont nul besoin !

Enfin tous ces jugements participent de la nature de ceux qui interviennent en matière de pension alimentaire Pour fixer la quotité de la somme qui devra être saisie-arrêtée, les juges devront s'appuyer sur les considérations (2) que nous avons développées en étudiant le droit allemand, sur la situation du créancier et sur celle du débiteur. Ce rapport entre les patrimoines des deux époux est nécessairement variable, car les deux termes qui le forment sont soumis à des fluctuations incessantes. Il ne peut donc être question ici de l'autorité de la chose jugée, et les décisions en cette matière peuvent, même lorsqu'elles sont devenues définitives, être modifiées si la situation respective le justifie. La contribution de l'épouse variera donc en raison inverse de celle du mari ; si la seconde s'accroît, la première diminue et il peut même arriver qu'après avoir été la plus considérable au début, elle devienne par la suite tout à fait insignifiante et même qu'elle disparaisse complètement.

Pour en terminer avec cette question des charges du ménage, il nous reste à expliquer l'antinomie qui résulte des articles 2 et 7 de la loi du 13 juillet 1907. L'un est unilaté-

(1) Morin, *op. cit.*, p. 344.
(2) Cf. *suprà*, p. 48 et seq.

ral, l'autre est réciproque ; le premier peut absorber intégralement les salaires de l'épouse, le second s'attache essentiellement à la règle de la proportionnalité. C'est que ces deux dispositions sont d'origine différente : l'article 7 se rattache à l'article 2 du texte de 1896, reproduit par la proposition Gourju ; l'article 2 vient au contraire du projet de la Société d'Etudes législatives.

Les rédacteurs de la loi de 1907 ont fusionné ces deux articles sans rechercher s'ils s'inspiraient des mêmes conceptions et s'ils pouvaient se concilier l'un avec l'autre. Or il est certain que les principes directeurs ne sont pas les mêmes et que l'article 7 est beaucoup plus libéral que l'article 2. N'est-il pas à craindre que les termes si compréhensifs de l'abus, de l'imprudence ne donnent au mari un moyen de faire disparaître les pouvoirs nouveaux reconnus à l'épouse ? Avec un tribunal fortement persuadé de la nécessité d'une autorité maritale presque absolue, l'article 2 ne peut-il pas être une de ces « fissures » que M. Maurice Faure redoutait ?

Du reste, l'article 7 sera bien souvent suffisant pour protéger chaque conjoint contre les abus de l'autre, pour le mettre à l'abri des conséquences d'une gestion maladroite et dangereuse.

Dans ces conditions, il serait désirable que la pratique réformât la loi en n'admettant le retrait des pouvoirs que dans des circonstances exceptionnellement graves, et après avoir essayé des moyens de l'article 7. Pour réaliser cette réforme, il serait désirable que la même juridiction fût appelée à statuer dans les deux hypothèses. L'intervention de la chambre du Conseil, si elle est meilleure que la procédure antérieure à 1907, mérite encore des critiques. Les frais sont plus considérables, et les garanties sont moindres. Comme

le dit M. Raoul de la Grasserie (1), dont la compétence ne saurait être contestée, pour bien décider il faut connaître les parties, avoir recueilli les renseignements de leurs proches ; d'autre part leur déplacement occasionne des dépenses. Un tribunal moins solennel aurait mieux valu et le juge de paix nous eût semblé un magistrat tout désigné pour statuer. On sait que la chambre du conseil traite ces questions de juridiction gracieuse avec une certaine légèreté pendant la suspension de l'audience, qu'elle est peu informée, que sa décision est rapide, enfin que malgré tout les officiers ministériels viennent servir d'intermédiaires.

On pourrait dire d'une saisie-arrêt qu'elle ne vient jamais seule, et que son existence implique presque nécessairement le mauvais état des affaires du débiteur. Toute une série de créanciers vont venir, à la suite du premier, réclamer la prestation de ce qui leur est dû ; et de ce concours naîtra une question juridique des plus délicates. Lorsque les salaires, ou, d'une façon plus générale, les produits du travail du conjoint se trouvent frappés de saisies-arrêts antérieures, y aura-t-il lieu de *satisfaire par préférence les réclamations de l'époux* ?

Toutes les fois où la loi du 12 janvier 1895 trouve son application, il semble assez logique de laisser aux créanciers ordinaires leur portion saisissable (art. 1 et 2), et d'admettre la saisie de l'époux sur la partie insaisissable. Cette dernière ne revêt en effet ce caractère que parce qu'elle est affectée aux besoins du ménage. Or le conjoint qui invoque l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907 agit au nom des intérêts communs et n'a pas à souffrir par conséquent des restrictions imposées par le texte de 1895.

(1) *Op. cit.*, p. 32.

L'hypothèse est bien plus complexe lorsque la saisie-arrêt du conjoint se trouve en conflit avec une saisie faite pour paiement de dettes alimentaires ; car les articles 1 et 2 de la loi de 1895 ne peuvent plus être invoqués. M. Viollette, dans son rapport à la Chambre, tranche la controverse de la façon suivante : Nul doute, dit-il, que la saisie pratiquée en vertu de l'article 7 devra être satisfaite par préférence à toutes autres. Le texte indique en effet nettement que les sommes qu'il s'agit de saisir-arrêter ont un caractère alimentaire : aucune autre procédure ne peut donc les distraire de leur destination naturelle.

Cette solution, la plus favorable au conjoint, nous paraît difficile à admettre, car elle crée un privilège en l'absence d'une disposition formelle de la loi.

Lorsque le législateur veut déroger en faveur d'une créance à la loi générale du concours, il prend le soin de le dire d'une façon formelle. C'est ainsi que la loi du 17 juillet 1907, modifiant l'article 567 du Code de procédure civile, permet de limiter les oppositions à une portion des sommes saisies-arrêtées qui sera déposée entre les mains d'un tiers. Elle dispose expressément que « privilège exclusif de tout autre sera attribué sur le dépôt ».

Le texte de la loi qui nous occupe ne contient rien de pareil.

D'autre part, la raison alléguée par M. Viollette, qui s'appuie sur la nature alimentaire de la saisie-arrêt pratiquée par le conjoint, est loin d'être toujours exacte. L'objet de la saisie, ce ne sont pas seulement les petits salaires, mais aussi les gros traitements et les importants bénéfices. Il en résulte que le principe de l'article 2092 ne doit subir aucune atteinte (1).

(1) Cf. dans le même sens, Henri Lalou, *op. cit.*, p. 212 et seq.; et en

D. — *Les tiers et les biens réservés.* — Nous avons étudié la possibilité pour les époux de devenir débiteurs, c'est-à-dire sujets passifs de droits. Nous devons rechercher maintenant quelles sont les prérogatives des créanciers, sujets actifs de droits, sur le patrimoine réservé.

Le législateur avait le choix entre deux systèmes différents : s'attachant à la personne du débiteur, il pouvait permettre les poursuites sur le pécule pour toutes les obligations contractées par l'épouse et pour celles-là seulement ; ou bien, partant d'un point de vue plus objectif, il s'appuyait sur la cause de la dette et accordait action à tous ceux qui avaient traité dans l'intérêt du ménage. Alors que le projet Grosjean admettait la première conception, les propositions postérieures et le texte définitif s'inspirent de la seconde. Il y a donc lieu d'examiner successivement la situation des créanciers de la femme et celle des créanciers du mari.

a) *Les créanciers de la femme* ont action sur ses biens réservés, mais dans quelle mesure ? D'après certains auteurs, l'épouse agit en tant que mandataire du mari, et elle ne peut exercer son mandat que dans des conditions conformes à la vie sociale des époux. L'article 3 de la loi de 1907 n'autorise les poursuites des fournisseurs sur le pécule que dans la limite où les fournitures n'excèdent pas celles que le mari, à raison de sa situation de fortune, ne pouvait refuser à la femme. Au contraire, les dépenses exagérées ne donneraient lieu à un recours sur les produits du travail que si elles avaient été autorisées par le chef du ménage.

Nous ne pouvons admettre cette thèse : l'ancienne appréciation subjective du mandat tacite est ruinée par le texte nouveau, et le législateur a voulu reconnaître à l'épouse un

sens contraire, Morin, *op. cit.*, p. 343, et Jean Sourdois, *op. cit.*, p. 585 et 586.

véritable pouvoir propre. Dans ces conditions, nous avouons ne pas comprendre pourquoi il y aurait ici une dérogation au grand principe : « qui s'oblige oblige le sien ». Le mari, au cas d'abus par la femme, pourra faire usage des droits que lui confère l'article 2 ; mais, sauf cette restriction, l'épouse est pleinement capable d'agir dans le ménage, et les engagements acceptés par elle dans cette sphère sortiront leur entier effet sur les biens réservés, indépendamment de toute intervention du mari.

Du reste, le paragraphe 1er de l'article 3, par la généralité des termes qu'il emploie, confirme l'interprétation que les articles 2092 et 2093 commandent naturellement.

La seule conséquence pratique qu'entraînera le fait d'avoir contracté dans les limites des besoins du ménage, sera de soumettre à la poursuite des créanciers les biens de la communauté et ceux du mari. C'est à ce point de vue que le critérium objectif de la jurisprudence peut encore trouver une application. L'argumentation de M. Dépinay nous paraît reposer sur une confusion entre les droits que les créanciers de l'épouse peuvent toujours exercer sur le patrimoine réservé de leur débitrice et ceux qui leur sont parfois reconnus contre les biens de la communauté ou du mari.

Pour déterminer la situation des créanciers de la femme, nous empruntons à M. Pichon (1) les distinctions suivantes qui ont le double mérite d'être très claires et de combiner habilement le Code de 1804 et l'article 3 de la loi de 1907.

La femme contracte sans autorisation maritale ni de justice, mais dans l'intérêt du ménage : elle oblige ses propres, les biens réservés, les biens de communauté, les biens personnels du mari.

(1) Art. cité, p. 216.

Si elle ne contracte pas dans l'intérêt du ménage, il y a lieu alors de sous-distinguer :

Sans autorisation, elle n'engage que ses biens réservés. L'intervention de justice lui permet de rendre responsable la nue-propriété de ses propres. Avec l'autorisation du mari, elle oblige son pécule, ses propres, les biens de communauté et les biens du mari.

La grande innovation de la loi du 13 juillet, c'est que la seule affectation d'une dette à l'intérêt du ménage réalise, mécaniquement pour ainsi dire, le résultat qui auparavant ne pouvait être atteint que par la volonté du mari.

Nous ne dirons qu'un mot des dettes de la femme antérieures au mariage. Leur sort a été étudié avec beaucoup de soin par M. Pichon dont nous adoptons pleinement les conclusions. Ces obligations grèvent certainement les biens réservés ; le mariage de la débitrice ne peut porter atteinte aux droits des créanciers. Mais, pour protéger la communauté, l'article 1410 décide que « le créancier de la femme, en vertu d'un acte n'ayant pas de date certaine antérieure au mariage, ne peut poursuivre contre elle le paiement que sur la nue propriété de ses biens personnels ». Le motif qui inspire cette disposition est évidemment le désir de respecter le droit de jouissance de la communauté. Or, cet intérêt légitime ne se rencontre pas, lorsqu'il s'agit des produits du travail de l'épouse qui sont laissés entièrement à celle qui les a gagnés. Il est donc naturel de supprimer ici l'exigence de la date certaine formulée par l'article 1410 et de permettre à tout créancier de l'épouse antérieur au mariage la poursuite de ses droits, non seulement sur la nue propriété des propres, mais encore sur la propriété intégrale du patrimoine réservé de sa débitrice.

b) Le criterium que nous avons précédemment exposé

sert à séparer parmi *les créanciers du mari* ceux qui pourront réclamer satisfaction sur le pécule et ceux qui devront se contenter du patrimoine de leur débiteur et des biens de la communauté. Toutes les fois que l'intérêt personnel du mari est seul en jeu, les produits du travail de la femme et les valeurs subrogées se trouvent exonérés de toute responbilité : c'est ce qui arrivera notamment pour toutes les dettes antérieures au mariage, et cette conséquence peut être dans certains cas d'une importance considérable pour sauvegarder l'indépendance économique de l'épouse.

Au contraire, lorsque l'affectation aux besoins de la vie commune se trouve réalisée, les créanciers du mari ont dans leur gage général le pécule de la femme. Cette extension de leur crédit est essentiellement favorable à la prospérité de l'association conjugale, et elle découle au point de vue théorique de l'idée qu'il faut faciliter des engagements contractés dans un but aussi louable. Cependant le paragraphe 2 de l'article 3 qui vise notre hypothèse, n'est pas absolument général dans ses termes : le droit de poursuite n'est reconnu en faveur des créanciers du mari que si, d'après le régime adopté, les biens réservés auraient dû, antérieurement à la présente loi, se trouver entre les mains du mari. Cette expression un peu vague comprend, nous le savons, d'une part tous les régimes à base communautaire et en particulier les sociétés d'acquêts, d'autre part, le régime sans communauté et le régime dotal avec constitution en dot de tous les biens à venir.

Cette distinction formulée par la loi nous paraît très difficile à justifier : le criterium de l'intérêt du ménage une fois admis, il est conforme à la logique de l'appliquer à toutes les hypothèses, sans se soucier des conventions matrimoniales des époux.

Le législateur aurait mieux fait, à notre avis, de laisser de côté cette disposition et d'en admettre une autre formulée dans la proposition Grosjean. La responsabilité de l'épouse pour les obligations assumées par le mari dans l'intérêt du ménage ne doit être que subsidiaire. C'est seulement en cas d'insuffisance des biens du débiteur et du patrimoine commun que le pécule peut être atteint. Cette solution nous paraît plus en harmonie avec le caractère de réserve familiale qui, nous le montrerons dans notre conclusion, est le trait essentiel du pécule de l'épouse.

Après avoir exposé les principes qui régissent la situation des créanciers, nous en arrivons aux questions de forme, de procédure qui sont plus délicates encore. La principale obscurité du sujet provient d'une confusion généralement faite entre deux points de vue, l'un absolument général, relatif à la preuve de l'existence même des droits des créanciers, l'autre plus spécialement important sous les régimes de communauté et tendant à établir seulement l'étendue de ces droits.

Vis-à-vis des créanciers du mari, la preuve de la qualité de bien réservé devra être fournie par l'épouse conformément aux règles que nous exposerons plus loin. La solution est commandée, sous les régimes de communauté, par la présomption de l'article 1402 ; elle est admise, sous les régimes exclusifs, pour éviter les fraudes qui consisteraient à « grossir artificiellement le patrimoine de l'époux non poursuivi ».

Lorsqu'il s'agit des *créanciers de la femme*, on peut hésiter entre deux solutions possibles. Est-ce au saisissant d'établir que l'objet de la saisie a été acquis par les fruits du travail personnel de leur débitrice ? Est-ce au contraire à ceux qui veulent distraire le bien de la poursuite de mon-

trer qu'il ne rentre pas dans l'hypothèse de la loi de 1907 ? La question n'est pas tranchée par les textes.

M. Pichon (1) la résout assez heureusement par une distinction entre les régimes de communauté et ceux de séparation de biens. Alors que dans les premiers tous les biens sont présumés communs, aucune disposition de ce genre ne se retrouve dans les seconds. La règle de l'article 1402 oblige les créanciers à rapporter la preuve que les biens qu'ils poursuivent sont soustraits à la communauté ordinaire et font partie du pécule de leur débitrice. Sous un régime séparatiste, au contraire, la confusion des patrimoines, la crainte d'ententes frauduleuses entre les époux entraînent la conclusion que c'est au mari d'établir qu'un bien saisi lui est personnel et doit par suite être distrait de la poursuite.

La question de l'étendue du droit des créanciers est intimement liée au caractère de la dette. Si l'obligation est contractée dans l'intérêt du ménage, les créanciers voient leurs droits considérablement augmentés : ceux de la femme ont action contre les patrimoines de la communauté et du mari ; ceux du mari peuvent atteindre les biens réservés. A qui incombe la preuve ? Est-ce au créancier de montrer qu'il a le droit de poursuivre, en établissant la conformité de l'obligation à l'intérêt du ménage ? Est-ce à l'époux qui veut rejeter la poursuite de prouver que la dette n'a pas été assumée dans cet intérêt ?

L'article 3, dans son paragraphe 3, met à la charge du créancier le fardeau de la preuve lorsqu'il s'agit d'une dette contractée par le mari. Mais le texte est muet pour ce qui touche les créanciers de l'épouse. La première solution qui

(1) *Op. cit.*, p. 300 et seq.

vient à l'esprit consiste à étendre à cette hypothèse la règle de l'article 3 et à mettre dans tous les cas la preuve à la charge des créanciers.

Elle est repoussée par M. Pichon qui s'appuie sur trois considérations. Tout d'abord l'article 3 *in fine* exonère le mari de sa responsabilité pour les dettes contractées autrement que dans l'intérêt du ménage ; c'est donc à lui que revient le bénéfice de ce texte ; c'est à lui d'en fournir la preuve. Ce premier argument nous semble trop formel ; il repose uniquement sur ce que le législateur a employé une phrase négative au lieu d'une formule affirmative. La déduction est un peu forcée.

Le second argument paraît plus convaincant. L'épouse est constituée par la loi administratrice du patrimoine réservé ; or il est naturel de présumer *quod plerumque fit*, c'est-à-dire que toute dette est contractée conformément au but de la gestion, à l'affectation aux charges du ménage. Si dans une hypothèse déterminée il y a eu excès de pouvoirs, c'est à celui qui invoque cette exception à la règle de l'établir.

Enfin l'article 3, après avoir successivement reconnu les droits de tous les créanciers de l'épouse et de certains créanciers du mari à l'exécution sur le pécule, impose le fardeau de la preuve seulement aux seconds. C'est reconnaître implicitement que les premiers en sont dispensés et que le mari doit prouver que l'obligation de l'épouse est étrangère à l'intérêt du ménage.

b) La sécurité absolue de ceux qui contractaient avec l'épouse en vertu de la nouvelle capacité qui lui était reconnue était la condition essentielle du succès de la réforme. Il aurait été inutile en effet d'autoriser la femme à figurer dans une convention si personne n'avait consenti à contracter

avec elle. Or pour faire naître la tranquillité chez les tiers et entraîner leur adhésion, il semble au point de vue rationnel que deux preuves sont nécessaires : la femme exerce une profession distincte de celle de son mari, et les deniers dont elle dispose proviennent des produits de son travail.

Cette double exigence était très nettement formulée dans la proposition de 1905 ; elle ne devait point passer dans le texte définitif.

La loi nouvelle distingue deux hypothèses différentes :

1) L'épouse peut vouloir *faire usage des droits* qui lui sont reconnus par l'article 1er, et il lui incombe d'établir qu'elle est véritablement soumise à la loi de 1907.

2) Vis-à-vis des tiers, il est souvent très important de *prouver quels sont les éléments du patrimoine réservé.*

Il nous appartient d'étudier séparément les réglementations de ces deux situations.

1) La femme se présente sans autorisation pour retirer des deniers qu'elle a déposés, pour les employer en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières ; elle prétend aliéner à titre onéreux une maison ou un champ. Comment le dépositaire, le banquier, l'acheteur agiront-ils pour ne pas être inquiétés plus tard, pour garantir leur responsabilité ? « La validité des actes faits par la femme, répond l'article 1er dans son alinéa 4, sera subordonnée à la seule justification, faite par un acte de notoriété ou par tout autre moyen mentionné dans la convention, qu'elle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari ; la responsabilité des tiers avec lesquels elle a traité en leur fournissant cette justification n'est pas engagée. »

C'est le 24 mai 1907, sur la proposition de M. Legrand,

(1) Cf. *op. cit.*, p. 176 à 182.

que cette disposition fut admise. On ne présenta contre elle aucune objection. La commission la regarda presque comme superflue, ne se rendant pas compte que l'importance de l'amendement venait beaucoup plus de ce qu'il passait sous silence que de ce qu'il exprimait formellement.

Désormais, pour que l'activité économique de la femme laborieuse s'exerce librement, il suffira à l'épouse d'établir le caractère de profession distincte, indépendante du mari et de mentionner cette justification dans la convention. La preuve, ainsi diminuée dans son étendue, se trouve par là même facilitée dans ses modes. C'est qu'il ne s'agit plus de rechercher d'où vient un élément du patrimoine, démonstration difficile déjà quand on a reçu le bien d'un autre, impossible presque toujours quand on l'a acquis par son propre travail. Il suffit désormais de prouver *non pas l'origine d'un droit, mais l'existence d'un fait.*

La loi prévoit elle-même le moyen qui sera le plus fréquemment employé : c'est l'acte de notoriété. Il est, d'après M. Dépinay (1), de la compétence exclusive des notaires, puisqu'il se borne ici à la constatation d'un fait notoire ; car le juge de paix, magistrat chargé de concilier les parties entre lesquelles s'élèvent des différends de nature contentieuse, de juger certaines contestations, ne saurait avoir en matière purement gracieuse d'autres attributions que celles que la loi lui reconnaît expressément. Les mêmes principes doivent faire écarter l'intervention du mari.

Il n'est pas inutile, croyons-nous, de citer ici la formule de l'acte de notoriété, telle qu'elle est proposée dans la *Revue du Notariat* :

Par devant M°....., notaire à.....

Ont comparu :

1° M.....

2° M.....

Lesquels ont déclaré parfaitement connaître M. B....., marchand tailleur, et Mme B....., modiste, son épouse, demeurant ensemble à.....

Et ils ont certifié à tous ceux qu'il appartiendra comme étant de notoriété publique :

Que Mme B..... exerce personnellement, à l'adresse conjugale sus-indiquée, la profession de modiste, séparément de celle de tailleur exploitée par son mari à la même adresse.

Desquelles déclaration et attestation les comparants ont requis acte pour servir et valoir dans les termes de la loi du 13 juillet 1907.

Mention des présentes est consentie où besoin sera.

Dont acte.

Enregistrement : droit fixe.

L'article 1er, dans son alinéa 4, permet, en dehors de l'acte de notoriété, l'emploi de « tout autre moyen mentionné dans la convention ». On pourra songer en effet à échapper aux droits de timbre et d'enregistrement dont la dispense, nous le savons, n'a pas été accordée par le législateur. Pour les affaires de peu d'importance (1), on aura recours aux modes de preuve suivants : l'intervention de deux témoins à l'acte, la production et l'énonciation de la patente, si la femme est commerçante, d'une lettre du directeur de l'établissement ou de l'usine, si la femme est employée de commerce ou ouvrière. Mais il est probable que, si l'épouse songe à recourir à ces moyens accessoires, le tiers ne s'en contentera pas et exigera un acte de notoriété.

Sur la présentation de cet acte, les tiers, forts des droits que leur confère le texte nouveau, certains de ne courir

(1) Cf. Dépinay, *op. cit.*

aucun risque, n'hésiteront pas à entrer en relations juridiques avec la femme. Ils ne songeront pas à recourir à l'autorisation maritale, et l'instrument d'indépendance pour le présent se trouve être en même temps un moyen de perfectionner l'éducation de l'épouse laborieuse dans le domaine du droit privé.

2) Des rapports de droit nombreux vont donc se former à l'occasion du patrimoine réservé, et toutes les personnes atteintes dans leurs anciennes prérogatives, s'efforceront naturellement d'écarter la loi de 1907. Le mari invoquera le caractère de bien commun ordinaire pour conserver ses droits d'administration, de jouissance et de disposition ; le créancier du mari essaiera de faire rentrer dans son gage les biens qui sont aux mains de la femme.

Dans cette seconde hypothèse, il ne suffit plus d'administrer la preuve d'une profession indépendante ; il faut encore montrer que c'est avec les ressources du patrimoine réservé que la valeur dont la nature est contestée a été acquise.

Mais, si la preuve de la consistance et de la provenance du pécule est mise *à la charge de l'épouse*, le législateur lui facilite particulièrement la tâche en admettant *tous les moyens de droit*, sauf la commune renommée. « Comment, dit M. Viollette (1), prouver que les biens ont été achetés avec les économies faites par la femme sur son salaire ? La femme pourra faire cette preuve en produisant le bordereau d'agent de change ou l'acte d'acquisition ; elle pourra aussi faire entendre des témoins, même si la somme dépasse 150 francs... On s'est demandé si la femme pourrait prouver par présomptions. Incontestablement : d'abord, l'article

(1) *J. off.*, Chambre, 1907, annexe n° 1128.

admet qu'elle peut prouver par témoins ; ensuite, le fait que seule la commune renommée est exclue fait évanouir toute difficulté. »

Ce système transactionnel admis par la loi nous paraît concilier de la façon la plus heureuse deux intérêts contradictoires, celui de la femme qui s'opposait à une preuve trop rigoureuse, celui des créanciers et des tiers qui doivent être énergiquement protégés contre les ententes frauduleuses des deux époux. Le second est satisfait, car dans tous les cas le fardeau de la preuve incombe à l'épouse, et toute présomption en sa faveur est écartée ; le premier est lui aussi respecté par la facilité plus grande accordée dans l'administration de sa preuve. Aucune rigueur pour la femme ; aucun danger pour les tiers.

§ 5. — Influence de la loi du 13 juillet 1907.

Nous avons déjà bien souvent eu l'occasion de signaler des modifications partielles réalisées par la loi de 1907. Il ne s'agit pas ici de reprendre en détail celles que nous avons indiquées, mais seulement de parcourir les différents régimes matrimoniaux pour grouper sous chacun d'eux les transformations les plus importantes qui sont venues leur donner une économie nouvelle. Du reste, le rapprochement que nous allons tenter entre le passé et le présent n'a pas un simple intérêt théorique ; il est susceptible de se reproduire encore aujourd'hui dans la pratique. C'est que la réforme du 13 juillet n'a pas détruit la législation antérieure, mais s'est juxtaposée à elle. L'activité de l'épouse s'est exercée par exemple avant et après le mariage ; la femme collabore au travail du mari et se livre en outre à certaines occupations personnelles ; elle subit, conformément à l'ar-

ticle 2, le retrait des pouvoirs qui lui ont été conférés ; elle possède, à côté des produits de son labeur, d'autres biens. Dans toutes ces hypothèses qui n'ont rien d'invraisemblable, les principes de 1804 et ceux de 1907 trouvent leur application cumulative : il importe, par suite, de mettre en relief avec beaucoup de soin leurs points de contact et leurs différences.

Pour le faire, nous adopterons le plan que nous avons déjà suivi et nous étudierons successivement les régimes de communauté et les pactes exclusifs de communauté.

A. — *Les régimes de communauté.*

Nous ne reviendrons pas sur la période qui s'étend depuis la naissance de la masse commune jusqu'à sa disparition. Nous nous contenterons de rappeler les quatre grandes conséquences de la conception nouvelle. Elle constitue au milieu de l'ensemble des biens soumis à l'omnipotence presque absolue du mari une enclave où la division des pouvoirs est pratiquée. Dans ce domaine restreint, elle augmente du côté actif les prérogatives de l'épouse et substitue à un droit en puissance une véritable vie juridique permettant d'administrer, de jouir et de disposer.

Elle reconnaît à l'épouse qui agit dans l'intérêt du ménage, non plus une délégation incertaine dans son étendue et toujours révocable dans son existence, mais bien *un pouvoir propre* pour engager par ses obligations la communauté et le mari. Enfin, par une modification qui vient compléter et assurer l'efficacité des deux autres, elle rend le prétoire librement accessible à celle qui jusqu'ici était absolument incapable de paraître devant les tribunaux sans autorisation.

La même idée centrale explique les transformations sur-

venues dans la contribution des époux aux charges du ménage. Unité de pouvoirs, unité de responsabilité, telle est la doctrine du Code civil. Il en résulte que la contribution du mari se fera sur l'intégralité de son patrimoine et que le fait d'avoir grevé ses propres de dettes ne lui permettra pas un recours contre les propres de sa femme. La responsabilité de l'épouse est en effet limitée à la partie de ses biens qu'elle apporte au mari. Tout ce qu'elle conserve propre est intangible sans son consentement, et la loi multiplie les garanties qui lui rendront possible l'exercice de ses reprises.

Mais toute cette protection n'est qu'un corollaire de l'inaction de la femme mariée. Alors même qu'elle traite pour les besoins du ménage, elle n'est pas personnellement tenue, elle n'a qu'une capacité d'emprunt, et, comme tout mandataire, elle engage son mandant sans se lier elle-même. « Pensionnaire de son mari, conclut très justement M. Chéron (1), elle n'a même pas le droit de se plaindre s'il la laisse manquer du nécessaire ! Qu'elle subsiste avec ce qu'elle a pu conserver à sa disposition ou qu'elle rompe le contrat et se sépare de son mari : tel est le dernier mot du système ? »

Les lois sur les caisses d'épargne du 9 avril 1881 et du 25 juillet 1895 avaient sans doute permis à l'épouse de se constituer un fonds de réserve pour l'avenir. Mais, avant de songer à l'avenir, il faut satisfaire les exigences du présent, et, à ce point de vue, la femme mariée se trouvait désarmée.

C'est un des principaux mérites de la loi de 1907 d'avoir comblé cette lacune, et elle devait naturellement le faire après avoir remplacé l'ancien principe par un principe nou-

(1) *Revue trimestrielle*, 1909, *op. cit.*, p. 763.

veau : *division des pouvoirs*, *division de la responsabilité*. La contribution de l'épouse sur les produits de son travail n'aura plus besoin désormais de passer par l'intermédiaire du mari ; elle sera directement affectée à son but qui est l'intérêt du ménage par la femme elle-même. La procédure simple que nous avons décrite plus haut permettra d'autre part d'obtenir facilement du mari l'exécution de l'obligation qui lui incombe.

Mais si la loi du 13 juillet 1907 produit des effets originaux tant que dure le régime communautaire, légal ou conventionnel, c'est surtout à l'époque de la dissolution qu'il est intéressant d'en rechercher l'influence. Bien que cette distinction ne soit formulée nulle part, nous pensons qu'il y a lieu de séparer *deux sortes de dissolution*, celle de la communauté proprement dite et celle du régime spécial institué par le texte nouveau.

Il peut se faire que ces deux événements ne se produisent pas à la même époque. Le premier peut arriver sans le second, et c'est notamment ce qui se rencontre au cas de séparation de biens ou de séparation de corps. A l'inverse, la disparition de la loi de 1907 est susceptible de se réaliser sans détruire l'existence de la communauté : ainsi en est-il si le mari fait usage des pouvoirs à lui conférés par l'article 2.

Dans l'une de nos hypothèses, c'est pour ainsi dire le pécule qui se substitue pour l'avenir à la communauté tout entière ; dans l'autre, c'est au contraire la communauté ordinaire qui s'assimile les biens réservés et les transforme en acquêts soumis à tous les droits du mari.

Mais le plus souvent c'est le même fait qui donnera naissance à la liquidation de la masse commune et qui amènera à décider du sort des biens réservés. Ces deux questions seront réunies par exemple dans tous les cas où la mort d'un

des époux, le divorce ou l'annulation d'un mariage putatif seront les causes de la fin de la communauté.

Quand la communauté est dissoute, un droit d'option est reconnu à l'épouse qui peut ou l'accepter ou y renoncer. La même faculté est reconnue à ses héritiers ou à ses ayants cause. L'acceptation consolide en la personne de la femme la qualité de commune en biens ; elle entraîne une indivision qui doit disparaître par l'effet d'un partage. Avant de répartir la masse commune, il importe de la liquider et les opérations principales auxquelles on doit procéder sont la reprise des propres, le prélèvement des récompenses dues aux époux par la communauté, le rapport des récompenses dues par les époux à la communauté.

La renonciation fait au contraire disparaître, même pour le passé, la qualité de commune en biens reconnue à la femme acceptante. L'épouse qui renonce se dépouille à la fois de toutes ses prétentions sur l'actif et de toute sa responsabilité à l'égard du passif. Elle se borne, sous le régime légal, à effectuer la reprise de ses propres, s'ils existent en nature, des biens à eux subrogés si un remploi est intervenu, des créances d'indemnité, si une valeur propre a été aliénée sans avoir été remplacée.

Par une stipulation spéciale du contrat de mariage, la femme pourra se réserver le droit de reprendre ses apports francs et quittes de toute dette, même au cas de renonciation. Mais cette clause, exorbitante du droit commun, ne produit en principe d'effets qu'entre les conjoints ; et elle ne peut être opposée aux tiers que si ses termes sont assez clairs et assez précis pour qu'il ne puisse y avoir aucun doute et que les tiers voient facilement que la reprise se fera contre eux (1).

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, p. 207 et seq.

Comment ces principes généraux ont été modifiés par la loi de 1907, c'est ce qu'il nous faut montrer en examinant le sort des biens réservés successivement au cas d'acceptation et au cas de renonciation à la communauté.

a) L'article 5, dans son alinéa 1[er], pose la règle suivante : s'il y a communauté ou société d'acquêts, les biens réservés entreront dans le partage du fonds commun. Il résulte de ce texte que, dans l'hypothèse de la femme acceptante, le règlement soit de la communauté, soit de la société d'acquêts, s'opérera de la même manière que sous l'empire du Code civil. *L'inventaire devra comprendre tous les biens réservés* : salaires, traitements ou honoraires, économies réalisées, valeurs acquises en remploi. Cependant, selon le conseil de M. Dépinay (1), le notaire fera bien d'inventorier les biens réservés sous une rubrique spéciale de la prisée du mobilier et de l'analyse des papiers : il facilitera ainsi la constatation de la reprise de ces biens au cas de renonciation.

Les dettes qui grèvent le pécule seront portées au passif de la communauté ; et les droits respectifs de chaque conjoint ou de leurs héritiers seront déterminés d'après l'ensemble de la masse active nette, sans qu'il y ait lieu de séparer les produits du travail de l'épouse des autres biens communs.

Les seuls changements notables apportés à la liquidation de la communauté se réfèrent à *la théorie des récompenses* et à celle des reprises. Sans doute, au premier point de vue, les principes généraux formulés dans la loi de 1804 demeurent toujours en vigueur, et il reste vrai qu'aucun des trois patrimoines ne doit s'agrandir au détriment des deux au-

(1) Dépinay, *op. cit.*, p. 196.

tres. Mais les transformations réalisées dans les règles de l'obligation aux dettes doivent nécessairement avoir leur répercussion sur la question des récompenses.

Si le mari paie sur ses biens personnels une dette contractée par l'épouse sans autorisation et en dehors de l'intérêt du ménage, il pourra, ayant acquitté une obligation dont il n'était pas tenu, se retourner contre le titulaire du patrimoine réellement débiteur et exiger son remboursement soit sur les biens personnels, soit sur le pécule de l'épouse. S'il libère la débitrice à l'aide de biens communs, la récompense existera au profit de la communauté si la femme renonce et reprend ses biens réservés ; au cas d'acceptation, la communauté ne sera créancière d'une récompense que dans la mesure où les dettes payées dépasseront la valeur du pécule.

Enfin (1), si l'épouse paie sur les biens réservés une dette du mari étrangère à l'intérêt du ménage et qu'elle exerce sa faculté de renonciation, une récompense lui est due par le mari.

La théorie des reprises est célèbre pour sa complexité : elle part de l'idée fort simple que les biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, qui appartiennent à chaque époux à titre de propres, doivent faire retour à son patrimoine. Or les articles 1402 et 1499, statuant le premier pour les immeubles, le second pour les meubles, posent une présomption générale en faveur de laquelle tous les biens sont réputés acquêts. Il appartient donc à celui qui revendique comme propre un objet déterminé d'administrer la preuve de son droit. Mais, alors que l'article 1402 renvoie au droit commun et permet par exemple d'établir

(1) Baudry-Lacantinerie, *Etude sur la loi du 13 juillet* 1907, n° 39.

à l'aide de documents, de témoins ou de présomptions, la propriété d'un immeuble par l'un des époux, l'article 1499 n'écarte le caractère de bien commun que « si le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis a été constaté par inventaire ou état en bonne forme ».

En sens inverse, l'article 1504 admet comme preuve régulière non seulement un inventaire ou un état authentique, mais encore tout titre propre à justifier de sa consistance et valeur. Bien plus, lorsque le mobilier est échu à la femme au cours de l'union et qu'il n'y a pas eu d'inventaire, l'épouse ou ses héritiers sont admis à faire preuve, soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée de la valeur de ce mobilier.

Ces deux textes s'appliquant aux mêmes hypothèses, forment une véritable antinomie. Les systèmes les plus divers ont été proposés pour la résoudre : le plus célèbre en doctrine, défendu par M. Bufnoir (1), consiste à distinguer selon qu'il y a reprise en nature exercée par un époux qui se présente comme propriétaire du mobilier, ou qu'il s'agit d'une simple reprise en valeur appartenant à un conjoint créancier d'une somme d'argent. Nous ne nous attarderons pas à discuter les multiples conceptions doctrinales élaborées à propos de cette question ; nous rechercherons seulement quelles étaient avant la loi du 13 juillet et quelles sont encore aujourd'hui, en dehors des cas d'application de ce texte, les solutions de la pratique.

La théorie de la jurisprudence à cet égard a été très nettement formulée dans un véritable arrêt de principe (2) qui mérite d'être rapporté. Il est intervenu le 22 novembre 1886, et il statue dans les termes suivants :

(1) Notes au S. 85.2.25, et 89.1.465.
(2) S. 1889.1.465.

« La présomption qui d'après les articles 1499 et 1510 du Code civil fait réputer acquêt le mobilier existant lors du mariage ou advenu depuis, et non constaté par inventaire ou état authentique, n'est pas absolue quand il ne s'agit que de la liquidation des droits et des reprises des époux l'un à l'égard de l'autre ; dans ce cas, selon les circonstances, la femme peut être recevable à établir à l'aide d'actes ou de documents autres qu'un inventaire ou un état en bonne forme, la consistance ou l'identité du mobilier qu'elle possédait lors du mariage ou qui lui est advenu depuis.

« Mais cette présomption doit être appliquée *rigoureusement lorsqu'elle est opposée à la femme par les créanciers du mari*. Et dans ce cas la présomption, applicable même aux meubles à l'usage personnel de la femme, reste applicable, alors même que la femme se borne à réclamer la valeur de son mobilier au lieu de le réclamer en nature ; et elle l'est encore lorsqu'au lieu de meubles, linges ou hardes, ou de leur valeur, la femme réclame, en qualité de créancier même chirographaire, le montant de sommes ou la valeur de titres au porteur touchés par le mari.

« Il s'agit ici d'une présomption *juris et de jure* qui, lorsqu'elle est invoquée, ne peut être paralysée, ni par la preuve contraire, ni par le défaut de contestation au sujet de la sincérité des actes, ni même par la reconnaissance de cette sincérité. »

Malgré les protestations des auteurs, malgré les résistances de certaines Cours d'appel, la Cour suprême demeure fidèle à sa distinction et se refuse à en introduire aucune autre. Du moment que la présomption n'est plus invoquée dans les relations des époux entre eux ou de leurs héritiers, l'article 1499 doit seul trouver son application à l'exclusion de l'article 1504. C'est en vain que la Cour

d'Agen (1), le 24 mars 1902, essaya d'appliquer l'article 1504 à une femme qui réclamait contre les créanciers du mari non pas les objets mêmes de la communauté, mais une simple créance assimilée à toutes les autres. C'est de même en vain que la Cour d'Amiens (2), le 1er février 1908, a permis à une épouse de prouver la délivrance au mari des effets qu'elle a apportés par la simple production du contrat de mariage et d'exercer pour la reprise de ses apports son hypothèque légale. La Cour s'était appuyée sur le raisonnement suivant : « La clause du contrat de mariage, portant adoption du régime de communauté réduite aux acquêts, par laquelle, après l'énumération minutieuse des apports que la future épouse se réserve comme propres, il est spécifié que la future épouse a donné connaissance de cet apport au futur époux qui le reconnaît, équivaut à la délivrance des apports bien que le mari n'en ait pas donné quittance, les propres n'étant pas l'objet d'une estimation qui vaille vente et le mari n'en devenant pas propriétaire. »

En présence de ces tentatives qui cherchent à donner plus de souplesse à la théorie de la preuve des apports mobiliers, la Cour de cassation demeure attachée d'une façon inébranlable à sa doctrine primitive. Loin de la restreindre, elle l'étend et elle en développe toutes les conséquences logiques. C'est ainsi que (3), le 15 mars 1899, elle ne distingue plus suivant que la femme se trouve en présence des créanciers de son mari ou d'un tiers acquéreur d'un immeuble : en majorant les apports, on permettrait à l'épouse d'user de son hypothèque légale pour évincer

(1) D. 1903.2.433 (note de M. Capitant).

(2) S. 1909.2.133 (note de M. Wahl), et D. 1908.2.389. — Cf. Cour d'appel d'Orléans, 23 février 1910 (*Gaz. Pal.*, 3 mai 1910).

(3) S. 1900.1.113 (note de M. Lyon-Caen), et D. 99.1.569.

l'acquéreur. Les mêmes règles rigoureuses subsistent, qu'il y ait eu estimation ou non, qu'il s'agisse de créanciers antérieurs ou postérieurs au mariage.

Dans une espèce (1), jugée le 25 novembre 1903, la femme avait été légataire d'une somme d'argent ; un emploi était intervenu, mais aucun acte authentique ne l'avait constaté. La Cour, fidèle à sa jurisprudence, refuse à l'épouse toute réclamation à l'encontre des créanciers du mari.

Un arrêt récent (2), en date du 5 février 1908, est venu reproduire dans des termes aussi absolus la conception de l'arrêt de 1886, alors que les circonstances de fait paraissaient assez favorables pour motiver un revirement de jurisprudence. Un contrat de mariage contenait une clause par laquelle la femme déclarait se constituer personnellement en dot ses habits, linge, hardes, bijoux, meubles meublants et deniers comptants, le tout d'une valeur de 18.000 francs. Les registres du notaire rédacteur constataient d'autre part, que la somme précédemment énoncée avait été remise effectivement par la future épouse et que le notaire lui-même en avait effectué le versement aux mains du mari. La femme, se croyant suffisamment armée avec ces justifications, réclame, après le décès du mari, sa collocation dans un ordre hypothécaire ouvert sur un immeuble du conjoint prédécédé. La Cour suprême rejette cette prétention dans les termes suivants :

« La présomption des articles 1499 et 1510 est absolue dans les rapports de l'épouse avec les créanciers hypothécaires, alors même que la matérialité d'un versement en argent et la quotité de la somme versée ne seraient pas

(1) S. 1904.1.260 et D. 1905.1.505 (note de M. Capitant).
(2) D. 1908.1.353 et note de M. de Loynes.

contestées par les parties et seraient même à l'abri de tout soupçon de fraude. »

Or, en l'espèce, les mentions des registres du notaire rédacteur ne constituent pas l'état en bonne forme exigé par l'article 1499. Il ne suffit pas que l'origine du droit de la femme soit constatée par un inventaire ou par un état authentique ; il faut de plus que la consistance en soit établie dans les mêmes formes. La loi a redouté une fraude qui est la majoration des apports ; pour la rendre impossible, elle pose la présomption de l'article 1499 qui est absolument irréfragable.

Enfin (1), le 3 janvier 1910, le même principe a reçu de la Cour suprême une nouvelle consécration. Cet arrêt, qui est la dernière expression de tout ce long mouvement de jurisprudence, est conçu dans les termes suivants :

« La présomption qui, d'après les articles 1499 et 1510 du Code civil, fait réputer acquêt le mobilier existant lors du mariage ou advenu depuis, lorsqu'il n'a pas été constaté par un inventaire ou un état authentique, doit être appliquée rigoureusement quand elle est opposée par la femme aux créanciers du mari.

« Et l'expression « mobilier » de ces articles comprend aussi bien les sommes ou valeurs que les meubles proprement dits.

« Spécialement le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme qui est l'ayant cause de celle-ci ne saurait se prévaloir à l'encontre des créanciers du mari, comme établissant la remise aux mains du mari de sommes ou valeurs qui seraient provenues à la femme de la succession de sa mère, d'une déclaration de succession faite par un notaire... ni d'un certificat de propriété. »

(1) *Gaz. Pal.*, 1910.1.106.

En résumé la jurisprudence de la Cour suprême est définitivement (1) assise ; toutes les fois que la femme se trouve en conflit avec des tiers, elle ne peut exercer la reprise de ses apports mobiliers qu'en basant ses prétentions sur un inventaire ou sur un état authentique. Par état authentique, on doit exclusivement entendre un état analogue à ceux qu'on trouve annexés à des comptes de tutelle ou à des donations de meubles.

En réalité la protection bien comprise des tiers n'exige pas un formalisme aussi rigoureux ; et il est curieux de voir que les mêmes magistrats, très favorables à l'épouse en matière d'hypothèque légale, méconnaissent ici absolument ses intérêts et ses droits. Cette foi absolue, accordée à l'inventaire (1) et déniée à tout autre moyen de preuve, est vraiment excessive ; et le juge ne doit pas, sous prétexte de rendre impossible la fraude, entraver des relations juridiques légitimes.

Mais, contre une jurisprudence aussi fermement arrêtée, la critique doctrinale ne peut rien, ou tout au moins elle ne réussit qu'après une lutte fort longue. La seule puissance capable de mettre fin à un droit prétorien arbitraire, c'est celle du législateur. C'est une des innovations les plus intéressantes de la loi de 1907 d'avoir *rompu avec cette tradition* et réalisé dans sa sphère l'amélioration longtemps désirée par les auteurs et réclamée par les Cours d'appel.

Il suffit de rapprocher l'article 4 de la loi nouvelle que nous avons précédemment étudié en détail et la théorie jurisprudentielle que nous venons d'exposer pour saisir immédiatement les deux conceptions opposées qu'ils renferment. Alors que l'article 1499 apparaît comme beaucoup

(1) Cf. Albert Tissier, De la communauté d'acquêts et de la preuve des apports mobiliers, *Revue bourguignonne*, 1901.

plus rigoureux que le droit commun des articles 1341 et suivants, alors qu'il ne se contente pas d'un acte sous seings privés, le texte nouveau élargit les règles du Code ; la femme, pour prouver la provenance et la consistance de ses biens réservés, ne sera pas obligée d'opposer aux créanciers ou aux tiers un inventaire ou un état authentique ; bien plus, l'ancienne suprématie reconnue à la preuve par écrit se trouve battue en brèche. La preuve par témoins et par suite les présomptions seront admises, alors même que l'intérêt du litige serait supérieur à 150 francs.

b) Lorsque l'épouse fait usage de la *faculté* (1) *de renonciation*, le sort des biens réservés se trouve régi par l'alinéa 2 de l'article 5 de la loi nouvelle. « Si la femme renonce à la communauté, elle les gardera francs et quittes de toutes dettes autres que celles dont elles étaient antérieurement le gage en vertu de l'article 3 de la présente loi. » Il y a là une dérogation certaine au principe de l'article 1492 du Code civil d'après lequel la femme qui renonce perd tous ses droits sur le patrimoine commun. Une disposition analogue se retrouve dans l'article 1514 qui permet à l'épouse de reprendre, en cas de renonciation, tout ou partie de ce qu'elle aura apporté, franc et quitte de toute dette, mais l'article 1514 suppose une stipulation du contrat de mariage, alors que l'article 5 de la loi nouvelle s'applique en dehors de toute convention. C'est ce qui explique l'effet moins complet dans la seconde hypothèse où les dettes contractées dans l'intérêt du ménage peuvent être poursuivies sur le pécule revenu aux mains de l'épouse renonçante.

Cette faculté exorbitante du droit commun n'est pas limitée à la femme ; elle s'étend, d'après l'article 5 paragraphe 3,

(1) *J. off.*, *Doc. parlem.*, Sénat, n° 77.

« à ses héritiers en ligne directe ». Que faut-il entendre par ces mots ? M. Guillier (1) les justifie de la façon suivante : « N'est-ce pas dans l'intérêt de ses enfants que la femme s'est imposé des sacrifices ? Serait-il équitable que ses économies péniblement amassées soient enlevées à ses enfants par des créanciers personnels du mari qui, en faisant crédit à celui-ci, ont encouragé ses goûts de dépense ? » Même en admettant cette interprétation qui semble attribuer aux créanciers la responsabilité des dettes contractées par le mari, elle ne justifierait pas le principe posé dans la loi. Les héritiers en ligne directe comprennent en effet non seulement les enfants au premier degré, mais encore les petits-enfants, les arrière-petits-enfants et aussi les ascendants.

Toutes ces dispositions de la loi sont d'ordre public, et il est par suite interdit à l'épouse soit d'étendre la faculté de renonciation à d'autres qu'aux héritiers en ligne directe, soit de libérer les reprises des droits des créanciers.

La conséquence de l'article 5, § 2, est particulièrement importante lorsqu'à la dissolution de la communauté ou de la société d'acquêts l'épouse peut faire valoir des droits de *propriété littéraire ou artistique.* Elle aura dans ce cas presque toujours intérêt à renoncer, car elle conservera le bénéfice exclusif de ses œuvres. Ainsi les résultats les plus choquants de la théorie jurisprudentielle qui permettait à un mari, ayant mal administré la communauté, de s'approprier entièrement les œuvres de la femme auteur renonçante, se trouvent anéantis par l'article 5 de la loi nouvelle. L'équilibre est rétabli (2) entre le mari et la femme : l'un et l'autre partagent leurs droits au cas d'acceptation ; tous les deux les conservent au cas de renonciation.

(1) Cf. dans Dépinay, *op. cit.*, p. 224, la formule de l'acte de reprise.
(2) Cf. Palmade, *op. cit.*, p. 224.

Ce n'est donc que si l'épouse accepte la communauté que l'ancienne controverse sur le caractère du droit d'auteur présente encore un intérêt. Dans cette hypothèse (1), en effet, si la propriété littéraire est un bien commun, la femme doit rapporter à la masse commune ses œuvres et ses gains ; si elle est une faculté personnelle, source de bénéfices, l'auteur garde les œuvres, et les produits pécuniaires nés du talent tombent seuls dans la masse partageable ; si elle est un propre, l'épouse conserve ses œuvres et leur prix d'aliénation et n'effectue le rapport que des sommes présentant un caractère de revenus.

Une dernière question nous reste à résoudre ; certains auteurs la placent en tête de leur étude ; nous avons estimé qu'elle devait au contraire être réservée pour la fin de notre travail, car elle suppose la connaissance de toute la loi de 1907. *Quelle est, sous les régimes communautaires, la qualité des biens réservés.*

A un point de vue théorique et abstrait, deux conceptions différentes paraissent être seules possibles.

1° Les produits du travail de l'épouse sont des *biens communs*.

Il n'y a pas disjonction des patrimoines, mais il y a disjonction des pouvoirs. Les salaires et les gains de la femme (1), ses économies et ses placements resteront, comme ceux du mari, dans la masse de la communauté ; seulement la gestion des premiers sera transférée à l'épouse alors que la gestion des seconds sera conservée à l'époux. Cette extension des prérogatives ne sera que l'application de l'idée contenue dans l'article 387 qui soustrait à la jouissance légale des père et mère les biens que les enfants

(1) Turgeon, *Bulletin*, 1901, p. 73.

pourront acquérir par un travail et une industrie séparés. L'attribution des droits à la femme, conclut M. Turgeon, est « un hommage nécessaire à son initiative, à sa responsabilité, à son dévouement et à sa prévoyance, un stimulant pour l'effort inévitable de demain, une récompense pour l'effort méritoire d'hier ».

La présence de deux administrateurs ayant chacun leur sphère d'action déterminée, loin d'être incompatible avec l'idée de communauté, est tout à fait conforme à la fois à la conception théorique de ce régime et à son origine historique. La communauté (1), en effet, ne consiste pas tant dans l'unité de l'administration du mari que dans l'idée morale et économique d'un patrimoine commun et d'une union des intérêts.

Ce premier point de vue a l'inconvénient de retarder le péril plutôt que de le conjurer. Si l'administration du mari a été mauvaise, la femme, pour se décharger des conséquences d'une gestion désastreuse, usera de la faculté de renonciation qui lui est conférée par l'article 1492. Mais en même temps elle se dépouillera d'une façon irrévocable de tout droit sur ses salaires.

2° Pour parer à ce danger, un autre système attribue aux fruits du labeur de l'épouse la qualité de *propres*. Il introduit ainsi dans les régimes communautaires une véritable séparation de biens partielle. Admis par les Codes de l'Allemagne et de la Suisse, défendu en France par M. Saleilles, il mérite d'être examiné avec soin.

Si nous consultons les tendances de la pratique, nous constatons que la juxtaposition d'un régime de communauté et d'un régime exclusif devient de plus en plus fré-

(1) Tissier, *eod. loc.*, p. 44 et 45.

quente. Dès 1898, la statistique établie par les soins de l'enregistrement révélait 4.560 contrats de mariage qui combinaient le régime dotal et la société d'acquêts. D'autre part, les arrêts nous montrent qu'à l'époque récente (1) on est allé plus loin encore et qu'on a réuni les deux extrêmes, la communauté d'acquêts et la séparation de biens. Le premier régime réagit, comme le disait M. Labbé (2), contre l'isolement du second, contre cette indépendance contraire à l'esprit de mariage. Le législateur lui-même s'engage dans cette voie, et alors que MM. Laroche et Magnaud, le 17 février 1908, se proposaient seulement de permettre aux époux une option faite devant le maire entre la communauté et la séparation de biens, M. Beauquier, dans sa proposition du 7 avril 1908, cherche à fondre les deux régimes.

La séparation de biens partielle ne doit donc pas être écartée pour son apparence contradictoire. Le droit est fait pour se conformer à la vie sociale, et l'antinomie dans les solutions théoriques correspond ici à un antagonisme dans les faits qui les inspirent. A côté du but qu'ils poursuivent en commun, les deux époux ont leurs besoins particuliers. Ce point de vue sera peut-être celui de l'avenir, il n'est pas celui du présent.

C'est qu'en pratique il arriverait à rétablir au détriment du mari l'inégalité choquante qui a été si vivement combattue lorsqu'elle existait à la charge de l'épouse. Alors que la femme garderait en toute hypothèse l'intégralité des produits de son travail, les salaires et les gains de son conjoint devraient être partagés avec elle à la dissolution de la communauté.

(1) Cass., 25 janvier 1904, S. 04.1.305 (note de M. Lyon-Caen), et D. 05.1.105 ; Cass., 5 mai 1905, S. 06.1.195 et D. 07.1.136.

(2) Note sous Cass., 1er décembre 1886, S. 88.1.145.

M. Saleilles (1), en 1902, essaya de justifier cette inégalité qui résultait, d'après lui, de la différence des rôles des deux époux dans la vie du ménage. « Je considère, dit-il, que l'homme, c'est sa mission et son honneur de gagner la vie pour tous ; c'est lui qui, dans le ménage, a une fonction de travail et de labeur. Ce qu'il gagne, il le gagne pour deux. Au contraire, les ressources de la femme résultent de son travail personnel ; elles sont créées en vue des charges domestiques qui ne cessent pas avec le mariage.

« La femme a-t-elle contracté par le mariage l'obligation de travailler pour faire vivre le mari ? Assurément pas. Le mari a-t-il l'obligation de travailler pour faire vivre la femme ? Oui. Si, malgré cette absence d'obligation à sa charge, la femme travaille et fait vivre le ménage au moins pour une part, le mari lui en doit récompense ; si de son côté le mari a gagné d'assez gros bénéfices, il en doit une bonne part à sa femme qui l'a déchargé des soins et soucis de l'intérieur. »

Ce raisonnement ne nous semble pas devoir être admis, il repose en effet sur ce postulat que les charges du ménage doivent être entièrement supportées par le mari et que la femme en est totalement affranchie. Or, telle n'est pas la véritable conception de l'union conjugale, c'est une société où chaque membre a ses droits, mais aussi où chacun a sa part de responsabilité.

Pour atteindre l'égalité, il faudrait alors édicter la même disposition en faveur du mari ; mais ce serait détruire dans tous les ménages ouvriers le régime légal pour le remplacer par une séparation de biens intégrale. Or cette solution extrême est généralement repoussée, et avec raison. Comme

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1902, p. 143.

l'a très bien montré M. Tissier, il n'est pas exact d'écrire qu'une chose qui est juste et bonne pour l'Angleterre, pour la Russie, pour les Etats-Unis, ne saurait être mauvaise pour les autres pays. Le régime matrimonial doit tenir un très grand compte des traditions, des habitudes, des coutumes des populations. La communauté conjugale est pour nous une institution nationale (1) : « C'est en notre pays de France, plus tôt et plus largement qu'en toute autre région d'Europe, qu'elle a grandi ; c'est une coutume de France, une coutume de Gaule. »

3° Entre les deux conceptions opposées que nous venons de résumer, quelle est celle que le législateur de 1907 a choisie ?

Après la promulgation du texte nouveau, M. Saleilles (2) a cherché à établir comment les termes employés par la loi pouvaient très bien s'adapter à l'idée de séparation de biens partielle. C'est l'article 1er qui reconnaît à l'épouse sur les produits de son travail les mêmes droits qu'à une femme séparée de biens, or cette dernière est indiscutablement propriétaire de ses apports. C'est, d'autre part, l'article 5 qui dans son paragraphe 2 permet à l'épouse, au cas de renonciation, non pas de reprendre, mais de « garder » les biens réservés ; n'est-ce pas admettre implicitement que les droits qu'elle exerçait avant la dissolution sont identiques à ceux qui lui appartiendront après la liquidation ? Si elle est propriétaire dans le second cas, elle l'est aussi dans le premier L'article 5, § 1, n'est pas une objection ; c'est une exception au principe qui confirme la règle : au cas d'acceptation, les biens réservés sont rapportés à la communanté, comme c'est le cas en matière de rapport à succession. L'article 3

(1) Cf. Lefebvre, *Histoire du droit matrimonial français*. Paris, 1905.
(2) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1907, *passim*.

enfin, sauf s'il s'agit de dettes contractées dans l'intérêt du ménage, écarte du patrimoine réservé toute action des créanciers de la communauté : c'est que le pécule ne fait pas partie de leur gage, qu'il est en dehors de la masse commune.

Malgré la haute compétence de M. Saleilles, nous préférons nous rallier à une thèse différente. Si les travaux préparatoires perdent de leur force lorsqu'il faut interpréter un Code vieux d'un siècle parce que des besoins nouveaux ont surgi de tout côté, ils ne peuvent être négligés quand ils se rapportent à une loi toute récente ; et ils en forment le commentaire indispensable. Or leur étude nous montre de la façon la plus certaine que les législateurs de 1907 ont entendu consacrer un *système mixte*. Sans doute (et par là ils se rapprochent des Codes de l'Allemagne et de la Suisse), ils attribuent les biens réservés à la femme renonçante comme sa propriété exclusive ; mais il n'y a là qu'une dérogation imposée par des considérations pratiques. « Cette prérogative, dit M. Guillier dans son rapport au Sénat, était nécessaire pour protéger la femme contre les effets, postérieurs à la dissolution, des abus et des dissipations commis par le mari pendant le mariage. Si on admettait la solution contraire... qui en profiterait ? Les créanciers du mari, ceux auxquels la loi refuse toute action sur les biens réservés. Rétrospectivement, ils seraient mis en possession de droits d'exécution sur lesquels ils n'ont jamais dû compter. »

Mais *le principe, c'est que les biens réservés demeurent dans la communauté*. Les arguments invoqués par M. Saleilles sont loin d'être convaincants : nous établirons bientôt jusqu'à quel point la comparaison de l'article 1er est inexacte. L'article 5, § 2, est une exception et ne peut servir de base à une construction théorique.

D'autre part, l'article 8, dans son premier alinéa, ne parle

que de « biens réservés à l'administration » de l'épouse ; et l'article 5 *in fine* dispose *a contrario* que, sous tous les régimes qui comportent, soit une communauté, soit une société d'acquêts, les produits du travail de l'épouse sont biens communs.

Si un doute pouvait encore subsister, la lecture des travaux préparatoires suffirait à le dissiper. M. Guillier écrit, dans son rapport au Sénat : « Cet élargissement de la capacité de la femme mariée n'a point pour effet de détruire le régime de la communauté... Le pécule ne constituera pas pour la femme un patrimoine propre et distinct, ce qui lui créerait un privilège sur l'homme ; il restera bien commun (1). » Lors de la première délibération du Sénat, le 14 mai 1907, M. Guillier précise encore ses déclarations : « Le système que nous organisons, dit-il, n'a donc pas pour conséquence de supprimer le régime de communauté, lorsque les époux y seront soumis par l'effet de leur contrat ou de la loi. Dans ce cas, le pécule réservé ne constituera pas un bien propre à la femme : la communauté subsistera et l'englobera. Le jour où la communauté sera dissoute, le pécule viendra rejoindre dans la masse commune les biens provenant des économies du mari, et c'est sur cet ensemble de biens constituant la communauté que s'opérera le partage entre les deux époux. »

B. — *Les régimes exclusifs de communauté.*

La rareté pratique de la plupart de ces régimes nous permettra de ne pas insister trop longtemps sur eux et de nous en tenir aux idées générales. Les biens réservés, conformément à l'article 5 *in fine*, ont le caractère de propres, et la femme peut exercer sur les produits de son travail toutes les prérogatives que consacre l'article 1er de la loi du 13 juillet 1907

(1) *J. off.*, *Déb. Parlem.*, Sénat, 14 mai 1907, p. 621.

Sous le *régime sans communauté*, l'ancienne controverse que nous avons signalée est désormais sans objet. Les salaires et les gains de l'épouse lui appartiennent maintenant pour l'administration et pour la jouissance. Elle peut en disposer sans autorisation maritale, mais le mari engage leur responsabilité en contractant dans l'intérêt du ménage.

La seule question intéressante susceptible de se poser sous le *régime dotal* concerne l'hypothèse où la constitution de dot comprend non seulement les biens présents, mais encore *tous les biens à venir*. Quelle est alors la condition des produits du travail de l'épouse postérieurs à la célébration du mariage ? D'après M. Dupré (1), ils demeurent dotaux ; l'épouse en a l'administration, la jouissance, même la propriété, mais elle ne peut en disposer librement. Dans le conflit entre le principe de 1907 et la théorie de l'inaliénabilité, c'est l'inaliénabilité qui doit l'emporter, car « elle a été édictée dans le but de protéger la femme contre sa propre faiblesse autant que contre les abus de l'influence maritale ». La situation créée par le texte nouveau est analogue à celle de la femme dotale séparée de biens judiciairement ; la dot change d'administrateur, mais elle n'est altérée ni dans son caractère, ni dans sa nature ; elle demeure aussi inaliénable que par le passé.

Cette doctrine nous paraît absolument inconciliable soit avec les textes, soit avec l'esprit de la loi nouvelle. La dotalité, dans la conception des législateurs de 1804, repose, en partie tout au moins, sur l'idée de faiblesse et d'incapacité de la femme ; la loi de 1907 se fonde sur la capacité et l'émancipation de l'épouse ; loin de se concilier avec la dotalité, elle en combat le principe et ne peut en tolérer le maintien.

(1) *Op. cit.*, p. 76 et seq.

L'article 1er donne à la femme laborieuse toute liberté pour aliéner les biens de son pécule ; l'article 3 admet les saisies des créanciers ayant contracté dans l'intérêt du ménage. Or, rendre une valeur disponible pour l'épouse et saisissable, pour ses créanciers, c'est d'une façon indirecte, mais certaine, la déclarer incompatible avec la dotalité telle qu'elle est comprise dans le Code de 1804.

Les travaux préparatoires sont des plus formels à cet égard. M. Guillier (2), visant la situation des biens acquis par le travail de l'épouse sous le régime dotal, s'exprime dans les termes suivants : « Ce seront des paraphernaux qui demeureront sa propriété exclusive, de même que les biens acquis par le mari lui resteront en propre. » Et M. Gourju ajoute : « Nous améliorons la situation financière de la femme sous le régime dotal. Dans l'état actuel du droit, la femme, quand le régime dotal est stipulé sans société d'acquêts et qu'il porte sur tous les biens à venir, travaille pour son mari et l'enrichit ; elle ne s'enrichit pas elle-même tandis que, sous le régime dotal, tel qu'il existera désormais pour la femme travailleuse, le pécule produit par ses gains et salaires lui sera réservé. Par conséquent, les femmes se créeront de toutes pièces des paraphernaux qu'elles n'ont pas aujourd'hui. »

Or, le caractère d'ordre public de l'article 1er interdit de déroger par contrat de mariage à ces dispositions ; par suite la clause de dotalité des biens à venir sera frappée de stérilité en ce qui concerne les fruits du labeur de la femme dotale.

(1) Cf. l'exposé des motifs de Berlier fait le 31 janvier 1804 (Locré, t. XIII, p. 294). « Cette disposition du droit romain (l'inaliénabilité), née du désir de protéger la femme contre sa propre faiblesse et contre l'influence de son mari, est l'un des points fondamentaux du système.

(2) *J. off.*, *Déb. parlem.*, 14 mai 1907, p. 627.

Etudier l'influence de la loi du 13 juillet 1907 sur le régime de la *séparation de biens* semble au premier abord inutile. L'article 1er du texte nouveau ne consacre-t-il pas une analogie complète entre les deux situations juridiques lorsqu'il décide que la femme a sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant les mêmes droits d'administration que l'article 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens ?

En réalité cette assimilation est trompeuse (1), et de nombreuses différences peuvent être relevées. Les articles 1449 et 1536 du Code de 1804 ne confèrent à l'épouse que la libre administration de ses biens. Or il existe toute une série d'actes intermédiaires entre l'administration et la disposition, tels que par exemple la passation de baux supérieurs à neuf ans (2) ou la conversion (3) en valeurs au porteur de titres nominatifs. La jurisprudence refusait à la femme séparée la possibilité de passer seule ces divers actes juridiques.

L'aliénation des immeubles (4) lui est entièrement interdite si elle n'obtient pas l'autorisation du mari ou de justice ; celle des meubles n'est tolérée qu'autant qu'elle est nécessitée par les besoins de l'administration.

Les obligations (5) de la femme ne sont valables, elles aussi, que si elles ont été contractées dans les limites de l'administration. Le droit d'agir en justice est subordonné à l'intervention du mari ou des tribunaux. Enfin la contribution aux charges du ménage (5), fixée selon les hypo-

(1) Pichon, *art. cit.*, p. 105.
(2) Albert Wahl, *Revue trimestrielle*, 1909, p. 1 à 29.
(3) Trib. civ. Seine, 19 janvier 1900, dans *Le Droit*, du 29 mai 1900.
(4) Cass., 24 octobre 1906, *Gaz. Trib.*, 1907.1.30.
(5) Chéron, *Revue trimestrielle*, 1909, p. 771.

thèses par l'article 1448 ou par l'article 1537, doit être dans tous les cas abandonnée au mari qui peut soit l'affecter à sa destination normale, soit la dissiper, soit l'économiser à son profit personnel.

Or, sur tous ces points, les solutions de la loi de 1907 sont profondément différentes, et, comme l'a déclaré M. Viollette, c'est par suite d'une simple erreur que l'article 1er renvoie à l'article 1449 en bloc et non uniquement à ses deux premiers paragraphes.

La titulaire d'un patrimoine réservé ne souffre aucune des nombreuses restrictions imposées à la femme séparée de biens ; c'est que la première, à la différence de la seconde, jouit de l'indépendance économique. Il lui est loisible par suite de sortir des limites de la simple administration pour atteindre aux actes de disposition, d'aliéner ses meubles et ses immeubles sans aucune gêne, de les engager par ses obligations. L'accès du prétoire lui est possible pour revendiquer la capacité nouvelle qui lui est conférée, la protéger contre les empiètements des tiers ou contre les usurpations du mari.

La femme séparée de biens, hors de l'hypothèse où la séparation de biens est l'accessoire d'une séparation de corps, demeure entièrement soumise à la puissance du mari et aux vieux principes de 1804. L'article 217 affirme sa dépendance étroite en lui interdisant tous les actes qui présentent une certaine gravité.

Cette opposition bien tranchée entre l'épouse laborieuse émancipée par son activité économique et la femme séparée qui relève des anciennes théories juridiques nous explique le fossé profond qui sépare leur condition ; elle nous empêchera plus tard d'étendre par analogie à la femme régie par la loi de 1907 les solutions admises pour la femme séparée de 1804.

DEUXIÈME PARTIE

LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE

L'épouse manifeste son activité économique sous deux formes, très différentes au point de vue théorique, bien qu'en pratique les transitions de la première à la seconde soient souvent insensibles. Tantôt elle s'engage vis-à-vis d'un tiers par un contrat de louage de services, et la rémunération du travail est fixée par la convention d'une manière précise. Tantôt, au contraire, elle recherche un capital, elle fonde une maison plus ou moins importante suivant ses ressources, elle exploit eun fonds de commerce. Sans doute ce mélange, cette *fusion du travail et du capital* sont susceptibles de se produire même en dehors de la gestion d'une entreprise commerciale ; mais nous en étudions les effets à propos de la femme mariée commerçante, parce que c'est à son égard que les controverses naîtront le plus souvent dans la réalité.

Il est, d'autre part, conforme à une longue tradition historique de séparer le droit commercial et le droit civil. Si certaines législations étrangères ont une tendance (1) de plus en plus caractérisée à supprimer le dualisme du Code civil et du Code de commerce, à réaliser l'unification en généralisant le second aux dépens du premier, il n'en est pas moins indiscutable pour le passé que l'esprit général

(1) Thaller et Percerou, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*. Paris, 1907, t. I, p. 141 et seq.

des deux Codes a toujours été profondément différent. Cette idée a été merveilleusement mise en relief par M. Thaller (1) dans un article sur la place du commerce dans l'histoire générale. « On recueille le droit commercial comme on fait à l'étranger la commande d'un produit dont on veut examiner la façon pour le fabriquer ensuite soi-même. On s'attache au droit civil comme on étudie un produit exotique curieux, en se disant que la France est appelée par son outillage à produire autre chose. » Le premier est universel et aspire à la liberté, le second est spécial à la race et autoritaire ; l'un est conservateur par essence et attaché à un formalisme sacramentel, l'autre est progressif et s'occupe plus de la volonté réelle que de la forme qui l'exprime.

Tous ces caractères nous permettent de mieux comprendre pourquoi le facteur économique a pu et a dû agir plus rapidement et plus fortement sur la condition juridique de la femme mariée commerçante. Il l'a affranchie des entraves nombreuses du droit civil, ou tout au moins il lui a reconnu une indépendance suffisante pour lui rendre possible le déploiement de son activité. C'est cette influence bienfaisante que nous devons suivre dans ses manifestations juridiques, avec notre Code de commerce de 1807, avec l'Handelsgesetzbuch de 1897 et avec la loi du 13 juillet 1907.

(1) *Annales de droit commercial*, 1892.

CHAPITRE PREMIER

LE RÉGIME DU CODE DE COMMERCE.

Pour exposer la situation de l'épouse commerçante, nous essaierons d'appliquer la *méthode* préconisée par M. Thaller dans son Introduction à la vie juridique du Français. « Ma conviction, dit l'éminent professeur, est que, lorsqu'on prend l'homme dans la marche successive de son existence, on arrive, à la faveur des circonstances de temps qui agissent sur lui et qui sont en même temps des circonstances de milieu, à se faire une idée plus claire et mieux raisonnée de la condition légale de sa personne ou de ses actes... Décomposer ces constructions savantes que sont la lettre de change ou la faillite par exemple, cela n'est pas sans mérite. Mais, si l'on s'empare d'un négociant au moment où il s'établit et si on le contemple s'acheminant dans sa carrière, une série d'anneaux va coordonner ses actes, la loi des causes et des effets apparaîtra avec plus de netteté. »

Cette méthode, parce qu'elle est descriptive, s'éloigne de la méthode purement raisonnante qui fut trop longtemps en usage ; par son caractère subjectif, elle réagit aussi contre une tendance moderne qui voudrait substituer comme sujet de droits le patrimoine à l'individu. Or il est aussi exagéré de découvrir partout des petits patrimoines, érigés en entités juridiques, que de créer à tout propos des personnes morales. Nier à l'homme son titre de sujet de droits, refuser aux biens leur qualité d'objets de droit, c'est, dans les deux hypothèses, méconnaître la réalité pour tomber dans la fiction.

C'est donc une épouse commerçante que nous suivrons dans les différentes étapes de sa vie commerciale. Toute son activité économique, avec les opérations nombreuses qu'elle suppose et les rapports multiples qu'elle engendre, peut se grouper autour de trois grands faits :

La création du fonds de commerce.

Son exploitation ;

Sa dissolution et sa liquidation ;

A propos de chacune de ces phases, il y a lieu de distinguer encore selon la forme collective ou individuelle sous laquelle se manifeste l'action de la femme. Tantôt,en effet, à la tête des affaires, elle dirige à elle seule l'existence du magasin ; tantôt, au contraire, elle s'unit à d'autres et tous mettent en commun leurs efforts ou leurs capitaux pour poursuivre un même but avec l'intention de réaliser des bénéfices ; ils forment une société commerciale.

SECTION I. — La création du fonds de commerce.

§ 1. — La femme est seule titulaire.

L'antagonisme que nous avons signalé plus haut se retrouve ici très nettement accentué. Un conflit matériel s'élève entre les principes du droit civil et les besoins du commerce, les uns défenseurs de l'autorité maritale, les autres partisans de l'indépendance féminine. Sous l'influence des seconds, les premiers doivent se départir de leur rigueur coutumière et, dès 1807, la condition juridique de l'épouse commerçante est sensiblement supérieure à celle de la femme mariée régie par le Code civil.

Alors que l'article 217 de la loi de 1804 exige le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit pour va-

lider les actes de disposition de la femme, tandis que l'article 223 frappe de nullité toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, qui s'étendrait au delà des pouvoirs d'administration, le Code de commerce se montre à la fois moins formaliste et moins rigoureux. La volonté réelle mérite d'être prise en considération, même si elle ne s'est pas exprimée dans le moule déterminé par la loi, et l'*autorisation* tacite du conjoint sera suffisante. La règle de la spécialité, d'autre part, est en contradiction avec la célérité et la sécurité que réclament les affaires, et elle est laissée de côté.

Sans doute (et ceci est une aggravation du droit commun), l'autorisation maritale ne peut pas être suppléée par la justice, lorsqu'il s'agit de la femme commerçante. Mais l'évolution doctrinale est venue tempérer cette règle trop absolue. Les commentateurs les plus anciens (1) n'admettent aucune dérogation. Ils s'appuient sur ce que l'article 4 du Code de commerce exige le consentement du mari, et non son autorisation. Or, disent-ils, une autorisation peut se suppléer, mais le consentement jamais ; il existe ou il n'existe pas, il n'y a pas de milieu,

Les auteurs (2) les plus récents introduisent au contraire une distinction fort importante qui repose non plus sur la lettre, mais sur l'esprit de la loi. Le motif qui explique la solution formulée par le législateur, c'est que sous certains régimes matrimoniaux l'autorisation de faire le commerce n'a pas pour seul effet d'habiliter la femme à agir ; elle engage la responsabilité du patrimoine du mari, et il est na-

(1) Cf. Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 98.

(2) Cf. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1910, n° 162 ; Bernard et Bonnecase, *op. cit.*, p. 7 — *Adde* : Trib. civ. Lyon, 5 mars 1908, *Journ. trib. com.*, 1909, p. 801.

turel que le mari ait seul qualité pour permettre une activité dont les conséquences peuvent lui être funestes. Ces considérations conduisent à séparer deux hypothèses : si l'épouse a des biens en administration propre, si elle est mariée sous la séparation de biens ou si, femme dotale, elle possède des paraphernaux, l'autorisation maritale peut être suppléée par la justice, soit que le mari, absent ou interdit, ne puisse manifester un consentement, soit qu'il se refuse à donner son adhésion. Au contraire, si le pacte matrimonial a transféré au chef de l'union conjugale des droits d'administration et de jouissance sur le patrimoine de son conjoint, s'il a adopté un régime communautaire, le régime sans communauté, s'il a stipulé tous les biens dotaux, le refus opposé par le mari à l'exercice du commerce par l'épouse est absolument définitif et sans appel.

§ 2. — Entrée de la femme en société.

Aucune règle particulière n'est posée à ce sujet par les textes, et la question est généralement résolue par une distinction. Pour faire partie d'une société en nom collectif, pour assumer les obligations d'un commandité, pour souscrire des actions non intégralement libérées, la capacité de s'obliger est indispensable ; dans toutes ces hypothèses, la femme mariée aura besoin d'une autorisation de son mari, quel que soit le régime adopté (art. 1123 à 1126, C. civ.). Bien plus, les principes du droit commun reçoivent ici une aggravation, et il est généralement admis que l'autorisation générale de faire le commerce ne suffirait pas pour habiliter l'épouse à contracter une société avec un tiers, et qu'une autorisation spéciale (1) est nécessaire.

(1) Cf. Cour de Paris, 14 juin 1907, *Journal des Tribunaux de com-*

S'agit-il au contraire de verser (1) immédiatement son apport pour devenir commanditaire ou de prendre des actions intégralement libérées, il n'y a plus dans ces diverses opérations que des actes d'administration, et la femme séparée de biens aura, en vertu de l'article 1449 du Code civil, pleine capacité pour y procéder.

Les mêmes solutions continuent-elles d'être vraies lorsqu'on se trouve en présence d'une *société entre époux* ? La théorie de la jurisprudence à cet égard est des plus nettes et, sauf quelques rares exceptions, elle s'affirme d'une façon constante. L'arrêt de principe qui a servi de point de départ à toutes les décisions postérieures fut rendu le 9 avril 1851 par la Cour de cassation, à la suite d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Amiens qui avait reconnu la validité d'une société entre époux et déclaré en conséquence que l'épouse devenue commerçante s'était rendue coupable de banqueroute.

« Attendu, dit la Cour de cassation (2), que, d'après les dispositions des articles 1388, 1395, 1421 et 1422 du Code civil combinés avec les articles 1855, 1856, 1857 et 1859 du même Code, la femme mariée en communauté ne peut contracter une société commerciale en nom collectif ;

merce, 1908, p. 385.

D'après M. Thaller (*op. cit.*, n° 163), cette exception ne repose pas, à vrai dire, sur un motif bien clair ni bien établi. Nous pensons qu'à ce point de vue particulier la pratique française a fait, inconsciemment peut-être, l'application d'un principe qui atteint son plein développement dans l'article 1358 du Code civil allemand et qui permet au mari de s'opposer à tous les actes qui exigent de la femme une prestation personnelle vis-à-vis des tiers.

(1) Cf. Houpin, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit., Paris, 1890, t. I, p. 383.

(2) D. 52.1.160 et S. 52.1.281.

Que cette association conférerait une égalité de droits incompatible avec les droits du mari chef de l'association conjugale et maître des biens communs. »

La Cour de Nîmes, dans une décision (1) du 24 avril 1900 reproduit les mêmes principes en nous donnant plus de renseignements sur les circonstances de fait :

« Les sociétés formées entre époux étant frappées d'une nullité absolue comme mettant en péril le principe de l'autorité maritale et l'immutabilité des conventions matrimoniales, est nulle la société formée par une femme propriétaire d'un fonds de commerce avec son mari et un tiers pour la gestion de ce fonds de commerce — dès lors qu'il résulte des circonstances de la cause et notamment du fait que la femme a fait des apports distincts de son mari — qu'elle s'est réservé la faculté de faire personnellement des versements en compte courant, et qu'elle a conjointement avec le mari et le tiers associé, la signature sociale — que la femme a figuré dans l'acte de société non pas comme formant une seule et même personnalité juridique avec son mari, mais bien de son chef et comme ayant personnellement la qualité d'associée. »

Enfin un arrêt tout récent (2) de la Cour suprême manifeste très clairement la fixité de la jurisprudence à ce sujet :

« Toute société entre époux, même séparés de biens judiciairement, est entachée de nullité comme incompatible avec l'exercice de la puissance maritale et susceptible de porter atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales. »

Quel que soit le régime adopté par les conjoints, quelle que soit la nature de la société qu'ils veulent contracter, nos

(1) S. 1902.2.132 et D. 1901.2.4.

(2) Cass., 19 mai 1908, *Revue des sociétés*, 1908, p. 325.

tribunaux se montrent absolument rebelles et n'admettent aucune atténuation à la rigueur de leurs théories.

Pourtant la pratique recherche la société entre époux, et la meilleure preuve en est dans l'abondance des hypothèses qui se rencontrent dans les recueils. C'est que la société a son but et que le régime matrimonial a le sien : la première poursuit une fin économique, le second a une destination familiale. C'est, d'une part (1), la recherche ambitieuse de bénéfices à l'aide d'opérations commerciales exigeant de la hardiesse, des connaissances techniques et l'expérience des affaires ; c'est, d'autre part, l'effort plus modeste vers la conservation du patrimoine familial, par une sage économie domestique, réclamant de la prudence et le sentiment de la mesure.

Or, cette combinaison de l'élément novateur et de l'élément conservateur, ce mélange de la prudence et de la hardiesse qui sont les deux pôles de l'activité individuelle et sociale, il est tout naturel que les époux songent à les réaliser après l'union comme avant le mariage. Quels sont donc les motifs théoriques qui portent notre jurisprudence française si soucieuse d'habitude de satisfaire les tendances légitimes de la pratique à opposer ici son veto ?

C'est d'abord qu'au principe de puissance du mari et d'obéissance de l'épouse se substitue par la société l'égalité (2) des deux conjoints dans une sphère d'action déterminée. Or, l'article 1388 voit dans l'autorité générale du mari une base essentielle de l'ordre social, et il frappe d'une nullité absolue toutes les dérogations conventionnelles qui pourraient y être apportées.

(1) Cf. Giry, *op. cit.*, p. 17, et le *Traité des sociétés commerciales* de MM. Thaller et Pic, t. I, p. 545 et seq.

(2) Nancy, 9 février 1901, S. 1905.2.30, et D. 1902.2.140.

C'est aussi que l'article 1395 fait du contrat de mariage une véritable charte immuable (1) qui détermine irrévocablement les rapports des époux soit entre eux, soit vis-à-vis des tiers.

Les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce fournissent un nouvel argument ; la femme n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari ; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé. C'est là, conclut la jurisprudence (2), une présomption *juris et de jure* que l'épouse n'agit que comme préposée et ne peut être considérée comme associée, comme personnellement commerçante.

Enfin, si ces déductions tirées directement des textes eux-mêmes n'étaient point suffisantes, l'article 1595 du Code civil permettrait de raisonner par analogie et de conclure de la nullité du contrat de vente entre époux à la prohibition de la société entre conjoints.

SECTION II. — L'exploitation du fonds de commerce.

L'hypothèse la plus fréquente est celle où l'épouse gère un fonds de commerce en dehors de toute société. Tantôt elle se livre à un commerce absolument distinct et séparé de celui de son mari, et alors, sans aucune difficulté, elle devient commerçante (art. 5, C. com., *in fine*). Tantôt au contraire *les deux conjoints s'occupent dans le magasin* et il devient souvent difficile de déterminer, en fait, leurs rapports respectifs L'article 5 du Code de commerce, précédemment cité, paraît devoir trancher toute controverse ; ne

(1) Cass., 5 mai 1902, S. 1905.1.41, avec une note de M. Hémard, et D. 03.1.207.

(2) C. Montpellier, 5 mai 1906, D. 1906.2.217 et S. 1908.2.6.

pose-t-il pas une présomption absolue et irréfragable, et n'ordonne-t-il pas de décider dans tous les cas où les deux époux collaborent à une œuvre commune que la femme ne joue qu'un rôle secondaire et effacé ? C'est ce qu'admettent certaines décisions de jurisprudence. La Cour de Montpellier (1), le 6 mai 1906, reconnaît en termes exprès que :

« La femme mariée ne peut être réputée marchande publique qu'autant qu'elle exerce un commerce distinct et séparé de celui de son mari.

Il s'ensuit que, lorsqu'elle exploite conjointement avec son mari le même fonds de commerce, il y a présomption *juris et de jure* qu'elle agit comme préposée de son conjoint et ne peut être considérée comme commerçante. »

La Cour de Toulouse,(2) d'autre part, dans un arrêt du 29 mai 1908, adopte la même thèse : « Attendu,dit-elle,que, par application des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, la jurisprudence a unanimement décidé que, lorsqu'une femme exploite avec son mari un fonds de commerce unique, elle ne peut être déclarée commerçante et qu'il y a une présomption légale *juris et de jure* qu'elle n'est que la préposée de celui-ci. »

L'unanimité dont parle la Cour de Toulouse n'existe pas en réalité. L'impossibilité de preuve contraire est une règle absolument exorbitante du droit commun qui ne peut être suivie que si la loi l'impose d'une façon formelle. Sans doute, le plus souvent, la présomption de l'article 5 est conforme à la réalité et la partie adverse ne songe même pas à recourir à la preuve contraire. Ainsi le tribunal de commerce de Saint-Etienne (3), le 4 mai 1909, sans rechercher

(1) D. 1906.2.217, et S. 1908.2.6.
(2) *Gaz. des Trib.*, 1909.2.14.
(3) *Journal des faillites*, 1909, p. 373.

la nature de la présomption, statue dans les termes suivants :

Le tribunal de commerce, saisi d'une demande en déclaration de faillite dirigée contre la femme mariée qui exerce le commerce en commun avec son mari, à raison des engagements de nature commerciale qu'elle a cautionnés, doit se déclarer d'office incompétent, la femme n'étant dans ce cas que la préposée de son mari et le cautionnement formé par elle ayant un caractère purement civil.

Mais, *lorsque les rôles se trouvent intervertis*, lorsque l'épouse est véritablement à la tête de l'exploitation commerciale et que le mari n'est qu'un subalterne, il serait contraire à la fois aux principes et à l'équité d'appliquer la présomption de l'article 5 et de refuser toute preuve contraire. C'est ce qu'a reconnu la jurisprudence en de multiples occasions. La femme a envoyé des prospectus, des cartes imprimées et des factures à son nom seul ; elle a accepté et payé des traites ; elle a correspondu personnellement avec les acheteurs et les fournisseurs, alors que la patente était au nom du mari (1) ; dans toutes ces hypothèses la présomption de l'article 5 est écartée par les tribunaux.

Deux arrêts récents ont donné à cette thèse une expression très nette. Ils sont particulièrement intéressants parce qu'ils sont inspirés l'un et l'autre par le désir de réaliser le plus largement possible l'autonomie de l'épouse commerçante, le premier en lui permettant de devenir coassociée, le second en sanctionnant les droits de « sa personnalité commerciale ».

La femme mariée ne doit pas être réputée commerçante (2) par cela seul qu'elle apporte son concours à la

(1) C. Rouen, 6 août 1902, *Gaz. Pal.*, 1902.2.674.
(2) C. d'Aix, 11 août 1906, D. 1907.5.9.

gestion d'un fonds de commerce que son mari exploite de concert avec elle. Mais il en est autrement lorsque la femme, bien que n'ayant pas un négoce séparé proprement dit, participe, en tant que propriétaire et coassociée, au commerce de son mari.

Spécialement lorsque la participation de la femme consiste dans des actes dont le caractère commercial ne peut être mis en doute, comme l'acquisition jusqu'à concurrence d'un cinquième de sa valeur du fonds de commerce et la dation en gage de cet établissement à l'un de ses créanciers.

La Cour de Rouen (1), dans son arrêt du 11 novembre 1908, résume le débat, et les solutions qu'elle donne peuvent nous servir de conclusion pour ce qui concerne le concours des deux époux dans l'exploitation d'un fonds de commerce.

« Dans le cas où un même commerce est exercé par le mari et par la femme, celle-ci n'est pas réputée marchande publique si sa personnalité commerciale est absorbée par celle de son mari.

Mais il en est autrement lorsque les circonstances de fait renversent les rôles et indiquent que c'est en réalité la femme seule qui dirige le commerce, et que le mari, dans une situation subalterne, n'y concourt que comme le ferait un employé. »

Nous laisserons entièrement de côté l'hypothèse de l'article 5, alinéa 2 du Code de commerce, dont nous venons de limiter le champ d'application ; l'épouse n'y possède qu'une capacité d'emprunt ; elle est un intermédiaire qui disparaît dès que les opérations sont conclues, et, comme tout mandataire, elle engage par ses obligations la responsabilité du

(1) 11 novembre 1908, D. 1909.5.2. — *Adde* : Cass., 5 novembre 1900, D. 1901.1.463, et S. 1901.1.278.

mandant sans se lier elle-même. Cette activité, bien qu'elle soit incontestablement productrice de valeur, est considérée par le législateur et par la majorité de la doctrine comme une sorte de prolongement des fonctions de la femme ménagère, et aucune protection particulière ne lui est réservée.

Au contraire, la personnalité de l'épouse commerçante se traduit au dehors par des actes juridiques nombreux, par des rapports incessants avec les tiers. C'est cette vie commerciale intense qu'il nous faut étudier dans ses manifestations quotidiennes, dans la capacité qu'elle suppose, dans les bénéfices qu'elle produit, dans les obligations qu'elle engendre.

La formule qui détermine la *capacité de la femme commerçante* est des plus simples : de même que le mineur est réputé majeur pour tout ce qui concerne son commerce, de même l'épouse est traitée comme si elle n'était pas mariée quand elle agit dans l'intérêt ou à l'occasion de son exploitation, toutes les fois qu'une opération juridique apparaît comme un moyen dont le commerce est le but.

Elle peut en toute liberté acheter des marchandises et les revendre, s'engager à en payer le prix et à en effectuer la délivrance ; il lui est loisible de consentir des sûretés qui garantiront ses dettes commerciales, de donner son fonds en nantissement, de consentir une hypothèque. Bien plus, sans recourir à la voie indirecte de l'emprunt, elle est capable d'aliéner ses immeubles dans l'intérêt du commerce, sans s'arrêter à leur caractère de biens communs.

Il n'est même pas besoin qu'il s'agisse de véritables actes de commerce ; la simple affectation au but de l'entreprise est suffisante, et toutes les opérations commercialisées en vertu du principe de l'accessoire sont permises à l'épouse. Ainsi en est-il du contrat de louage de services conclu avec

des employés, de l'achat d'un magasin pour y installer l'exploitation.

La souscription, l'acceptation, l'endossement des effets de commerce sont également licites de la part de la femme.

Au cours de l'exploitation, l'épouse commerçante jouit donc en fait d'une grande liberté d'action. Il lui est seulement interdit d'une façon absolue de contracter une société avec son conjoint; elle ne peut, d'autre part, sans une autorisation spéciale du mari, ni former avec un tiers une société commerciale, ni ester en justice. Si elle est demanderesse, elle devra réclamer pour agir l'autorisation spéciale du mari et, en cas de refus, s'adresser au tribunal civil ; si elle est défenderesse, il appartiendra au demandeur d'assigner conjointement l'épouse à titre principal et le mari aux fins d'autorisation. Si ce dernier comparaît, la femme se trouve par là même habilitée ; s'il fait défaut, le tribunal saisi du principal est compétent pour autoriser, car l'article 218 qui se réfère à cette hypothèse parle du juge dans des termes absolument généraux et n'impose pas, comme l'article 219, l'intervention du tribunal de première instance.

L'activité dont nous avons déterminé l'étendue fera naître des rapports juridiques nombreux ; elle se traduira en opérations multiples, les unes avantageuses, les autres funestes, qui augmenteront l'actif ou qui accroîtront le passif. Nous devons par suite nous placer successivement à deux points de vue : étudier le sort des bénéfices réalisés par l'épouse commerçante, fixer les conséquences des obligations qu'elle contracte. Ce n'est plus ici une question de capacité susceptible de recevoir la même solution sous tous les régimes ; c'est une *question de pouvoirs*, essentiellement variable avec les différents pactes matrimoniaux.

Les principes formulés à l'occasion du Code de 1804

retrouvent naturellement ici leur application, et nous nous bornerons à insister sur les modifications particulières introduites par le Code de commerce.

A. — Sous la communauté légale, les *bénéfices commerciaux* tombent dans le fonds commun au fur et à mesure de leur réalisation. En droit, la situation de l'épouse commerçante est donc identique à celle de l'ouvrière ; elle présente les mêmes dangers et elle a à redouter les mêmes abus de pouvoirs de la part du mari. Mais en fait, (1), par un tempérament d'équité et par suite des nécessités de l'exploitation, les gains ainsi réalisés seront incorporés dans l'entreprise ; ils serviront à développer les débouchés, à aménager les magasins, à étendre la clientèle. Ainsi transformés ou plutôt ainsi affectés, ils demeureront soumis à tous les pouvoirs reconnus à la femme commerçante agissant dans l'intérêt de son négoce.

Cependant les excès du mari demeurent possibles ; il peut s'emparer des bénéfices réalisés et exercer sur ces biens communs tous les droits que lui confère l'article 1421. Il lui est permis de retirer son autorisation et d'arriver par suite, d'une manière indirecte, mais sûre, à faire main basse sur le pécule que la femme a réussi à gagner par un labeur de plusieurs années. Sans aller jusque-là, il menacera souvent de se servir de la faculté de retrait à lui accordée et se fera payer son inaction.

La *communauté d'acquêts*, si elle restreint le patrimoine commun, n'apporte aucune modification à la condition des bénéfices réalisés au cours de l'exploitation.

La *séparation de biens* n'appelle aucune observation spéciale ; les patrimoines des deux époux conservent leur

(1) Cf. Boutaud et Chabrol, *Traité général des fonds de commerce et d'industrie*, 1905, p. 512 et seq.

entière indépendance, La femme sera seule à profiter des gains acquis dans la gestion d'un fonds de commerce, et elle exercera sur eux pleins pouvoirs, sous réserve de son obligation de contribuer aux charges du ménage.

Entre ces deux régimes extrêmes (1) qui confondent l'un et l'autre la jouissance et la propriété de l'établissement commercial dans la personne d'un même titulaire — au premier cas, la communauté, au second, la femme mariée — se trouvent des pactes matrimoniaux plus nuancés dans leurs effets. L'épouse demeure la propriétaire de tout son patrimoine dont le mari devient l'usufruitier ; c'est ce qui se produit dans le *régime sans communauté* et dans le régime dotal avec constitution en dot de tous biens présents et à venir.

Il devient alors excessivement important d'analyser la nature exacte des bénéfices commerciaux. Au premier abord, ils paraissent très différents des fruits ordinaires : la périodicité ne leur fait-elle pas défaut ? Ne sont-ils pas incertains, non seulement dans leur quotité, mais encore dans leur existence ? D'autre part ils sont plus réguliers que les produits ; ils apparaissent revêtus d'un caractère mixte qui résulte de l'hétérogénéité des éléments qui les composent.

Presque toujours le fonds de commerce exploité par le travail de l'épouse suppose un capital fourni soit par la femme elle-même, soit par le mari, soit par un tiers. A côté du profit qui découle de l'activité humaine se trouve l'intérêt qui provient du capital. « On saisit par là, conclut très exactement M. Thaller, si le bénéfice est fruit et dans quelle mesure. Il l'est à concurrence de la somme jugée nécessaire pour rétribuer le capital ; car il répond alors à un apport

(1) Cf. Thaller, *Annales de droit commercial*, 1896, *op. cit.*, p. 194 à 208.

d'argent ou de biens. Il ne l'est pas, en tant qu'il rétribue le travail déployé, car il répond à un apport d'industrie. »

Il est à remarquer, au point de vue pratique, que cette délicate question du sort des bénéfices ne se pose à peu près jamais pendant la vie du fonds de commerce. Si l'entreprise réussit, le mari laisse à la femme toute liberté ; si elle ne prospère pas, il fait usage de la faculté qui lui est reconnue de retirer son autorisation : dans la première hypothèse comme dans la seconde, c'est seulement lorsque l'exploitation commerciale a pris fin que naissent les difficultés. Nous en renvoyons l'étude à notre troisième section.

B. — Le second problème qu'il nous reste à examiner a trait aux *obligations contractées par la femme commerçante*, et, pour en déterminer les conséquences, il importe ici encore de distinguer entre les divers régimes matrimoniaux.

Sous la communauté légale qui peut résulter soit d'un pacte, soit le plus souvent de l'absence de pacte, plusieurs textes législatifs s'occupent expressément de la responsabilité (1) créée par les dettes de l'épouse dans l'exercice d'un commerce. L'article 220 du Code civil, répété par l'article 5 du Code de commerce, dispose que la femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. L'article 1426 du Code civil vient lui aussi fournir un argument *a contrario* qui confirme la thèse de l'article 220 : il déclare en effet que les actes faits par la femme sans le consentement du mari et même avec l'autorisation de la justice n'engagent point les biens de la communauté, si ce

(1) Cf. Thaller, *Revue critique*, 1882, *art. cit.*, p. 587.

n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce.

La solution de la loi se trouve donc affirmée dans les termes les plus certains : le rôle de l'interprète est de rechercher d'abord les motifs qui l'ont inspirée pour en exposer ensuite la structure juridique et les résultats pratiques.

Les causes invoquées par les auteurs sont au nombre de deux. C'est, d'une part, l'équité : qui recueille les bénéfices du commerce ? Le chef de la communauté, le mari. Il a sur eux tous les pouvoirs qui lui sont légalement reconnus sur les biens communs ; il peut les administrer, en jouir, en disposer. N'est-il pas légitime que par une juste réciprocité il supporte les pertes, qu'à côté des chances de gain il soit responsable des risques défavorables ? *Ubi emolumentum, ibi onus.*

Ce sont, d'autre part, les exigences du crédit de l'épouse. Pour que les tiers entrent sans hésitation en relations d'affaires avec elle, il faut qu'ils n'aient à redouter aucun concert frauduleux entre les époux, que le mari réponde des obligations de la femme et augmente ainsi les garanties offertes par leur débitrice. Il y a là une question essentielle pour la vie et pour la réussite de l'entreprise commerciale.

Si les motifs pratiques qui ont inspiré le législateur de 1807 sont faciles à découvrir et incontestables en apparence, il est au contraire très complexe de trouver aux règles qu'il a édictées un fondement juridique certain, et de nombreuses controverses se sont élevées à ce sujet. Sans entrer dans le détail, nous étudierons seulement les deux systèmes qui sont actuellement le plus suivis, l'un par la doctrine et l'autre par la pratique.

D'après la première théorie, le mari n'est pas tenu parce que la femme le représente et en est la mandataire.

L'épouse, une fois habilitée, jouit d'une personnalité commerciale complète et autonome ; c'est elle qui est à la tête des affaires en vertu d'un pouvoir propre, et c'est de son chef que le passif commercial tombe à la charge de la masse commune.

Le mari est responsable non pas personnellement, mais en sa qualité de commun en biens. C'est parce qu'il dirige le patrimoine de la communauté, c'est parce qu'en réalité il se produit nécessairement une confusion entre ses biens propres et les biens communs que, pendant toute la durée du régime, il est exposé aux poursuites des tiers. L'article 1419 ne paraît-il pas favorable à ce système lorsqu'en déterminant le gage des créanciers de la femme autorisée il met en première ligne les biens de la communauté et qu'il fait découler de cette obligation principale la responsabilité du patrimoine du mari ? En résumé, comme le dit très bien M. Thaller (1), les engagements ne vont pas du mari à la communauté. Ils s'étendent au contraire de la communauté aux propres maritaux par un phénomène d'ordre objectif ; la personne du mari n'est pas affectée : ce dernier donne ses biens en cautionnement réel. »

Les créanciers commerciaux verront l'étendue de leur gage varier, suivant qu'ils agiront avant ou après la dissolution de la communauté : au premier cas, leur gage comprendra, à côté des biens personnels de leur débitrice, l'intégralité de la masse commune et du patrimoine du mari ; dans la seconde hypothèse, au contraire (2), si l'article 2093 demeure applicable, le mari ne peut plus être poursuivi

(1) *Traité élémentaire*, 4e édit., 1910, § 171 *in fine*. — *Adde*, Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. I, n° 585.

(2) Cf. Meynial sous Paris, 20 février 1891, S. 93.2.161.

qu'en sa qualité de commun en biens, c'est-à-dire pour moitié.

L'épouse acquiert seule le titre de commerçante ; son conjoint n'est pas exposé à la faillite ; il se livre à un acte civil en cautionnant une obligation commerciale, et les poursuites intentées contre lui par les créanciers doivent être faites devant le tribunal de première instance. Il en résulte une complication considérable ; deux actions sont nécessaires, l'une contre la femme devant les juges consulaires avec citation du mari aux fins d'autorisation, l'autre contre le mari devant la juridiction de droit commun pour obtenir condamnation contre lui et contre la communauté.

C'est la procédure qui fut suivie dans une espèce assez intéressante (1) examinée par le tribunal de Tulle le 22 janvier 1903. M. et Mme Baret, mariés sans contrat, étaient par suite soumis à la communauté légale. La femme, autorisée à exercer le commerce, avait souscrit une lettre de change qui fut protestée à l'échéance. Le porteur de l'effet, M. Burdel, assigna en paiement les deux époux devant le tribunal de commerce. Les juges consulaires condamnèrent seulement Mme Baret et mirent hors de cause son mari comme n'ayant contracté aucun engagement personnel.

A la suite de cette décision, M. Burdel assigna devant le tribunal civil M. Baret pour s'entendre condamner au paiement de l'obligation reconnue à la charge de son épouse. Sa prétention fut admise, et, dans les motifs du jugement, nous relevons l'attendu suivant :

« Attendu que le mari est pris non comme responsable d'un engagement commercial, mais bien comme chef de l'association conjugale responsable de tout acte accompli par la femme avec son autorisation. »

(1) *Gaz. Trib.*, 1903.1.338.

Pour éviter cette dualité de contestations qui est le seul inconvénient de cette doctrine, M. Thaller propose de considérer comme commercial l'engagement accessoire de cette caution particulière qui se trouve associée aux profits et aux pertes du débiteur principal.

Cette première théorie qui nous paraît la meilleure est rejetée par la Cour de cassation. D'après la Cour suprême, l'article 1419 consacre une dérogation certaine à l'antique adage « *qui auctor est se non obligat* ». *Le mari, par son autorisation, s'oblige directement et personnellement.* Les besoins du crédit, la sécurité des tiers qui entreront en rapport d'affaires avec l'épouse commerçante imposent cette solution de la manière la plus impérieuse.

Pour plier aux exigences de la pratique les principes du droit, les arrêts ont recours au raisonnement suivant. Les termes de l'article 1419 permettent aux créanciers de la femme autorisée d'agir tant sur tous les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme. Permettre cette option, n'est-ce pas implicitement reconnaître que les trois patrimoines sont responsables de la même façon, qu'ils sont tenus solidairement ? L'article 5, alinéa 1, dispose, d'autre part, que la femme commerçante « oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux »

Sans doute la solidarité ne se présume pas et l'article 1202 du Code civil exige qu'elle soit expressément stipulée ; mais le terme même de stipulation démontre que le législateur n'a en vue dans ce texte que la solidarité conventionnelle et non la solidarité légale.

Ces arguments qui se trouvent déjà, à l'état latent pour ainsi dire, dans un arrêt (1) du 23 avril 1888, ont reçu leur

(1) D. 89.1.233 et S. 89.1.25.

plein développement et leur consécration formelle dans un arrêt de la Cour suprême (1) du 16 juillet 1902.

« L'article 1419, dit la Cour de cassation, aux termes duquel le paiement de la dette contractée par une femme commune en biens peut être poursuivi pour la totalité sur les biens personnels de l'un ou de l'autre époux crée entre les deux époux *un lien de solidarité.* »

Nous ne nous attarderons pas à discuter la valeur théorique de la thèse jurisprudentielle qui ne trouve pas dans la loi un appui véritablement solide et qui arrive à voir toujours dans l'acte du mari autorisant sa femme au commerce une fraude dirigée contre les créanciers. Nous chercherons seulement à mettre en relief les conséquences pratiques qu'elle entraîne pour saisir dans la réalité des faits les suites des obligations de l'épouse commerçante à la veille de la loi du 13 juillet 1907.

Le mari demeure tenu pour le tout sans qu'il y ait lieu de séparer le temps qui précède et celui qui suit la dissolution de la communauté. D'autre part, alors même que l'épouse déclarée en faillite obtiendrait, par un concordat, remise d'une partie de sa dette, les créanciers conserveraient toute liberté pour réclamer le surplus de la dette à la communauté et au mari.

La controverse que nous avons rencontrée sous le régime légal se retrouve dans les mêmes termes au sujet de la communauté d'acquêts. La lettre des articles précités est assez large pour comprendre toutes les modalités du régime communautaire ; les arguments tirés de l'équité sont suffisamment puissants pour étendre à cette hypothèse la respon-

(1) D. 1903.1.401, avec une note de M. Capitant, et S.1905.1.22. — *Adde*, Rennes, 20 décembre 1909 (*Gaz. Pal.* des 20, 21, 22 mars 1910).

sabilité du mari à l'occasion des dettes commerciales de l'épouse.

Lorsque les époux sont mariés sous la séparation de biens, ou lorsque le fonds de commerce est un bien paraphernal, la commerçante est absolument indépendante dans la gestion de son établissement commercial. Sans doute la nécessité de l'autorisation maritale subsiste parce qu'elle est une conséquence des relations personnelles ; mais, dans le domaine des biens, il y a une séparation d'intérêts complète entre les deux conjoints, aussi bien au point de vue actif qu'au point de vue passif. Le mari ne profite pas des bénéfices réalisés ; il est exonéré des pertes subies.

Il reste à examiner deux hypothèses : celle du régime sans communauté et celle du régime dotal, lorsque l'entreprise est soumise à la dotalité. Si le premier cas est à peu près ignoré de la pratique, le second est au contraire susceptible de se présenter assez fréquemment, surtout dans certaines régions. L'épouse s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir ; ou bien, déjà commerçante lors de l'union, elle a adopté le régime dotal pour tout ce qu'elle possédait au jour du mariage.

Sans rappeler les thèses doctrinales que nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer, nous nous bornerons à mettre en relief la solution admise par la jurisprudence. Un arrêt de la Cour de cassation (1), en date du 13 février 1884, reconnaît expressément aux produits du travail de l'épouse le caractère de fruits, et, à ce titre, les attribue en totalité et définitivement au mari. L'idée de corrélation entre l'actif et le passif engendre cet effet que le mari se trouve obligé par les engagements commerciaux de l'épouse.

(1) S. 86.1.25. — *Adde* : Lavaur, 27 novembre 1902, D. 1903.2.431.

Ainsi la responsabilité du mari que les législateurs de 1804 et de 1807 avaient limitée aux régimes communautaires, a été manifestement étendue dans son champ d'application. Les arrêts des Cours, les jugements des tribunaux, malgré les formules restrictives des textes, ont généralisé la solution du Code dans toutes les hypothèses où les mêmes raisons pouvaient se rencontrer. Il nous suffit ici de constater l'existence et la direction de ce mouvement ; il nous faudra plus tard en apprécier la valeur et l'opportunité.

SECTION III. — La dissolution et la liquidation du fonds de commerce.

§ 1.

La commerçante que nous avons vue fonder et diriger une exploitation, peut abandonner son négoce *pour des causes multiples*. Tantôt c'est seulement la titulaire qui change alors que le fonds subsiste ; ainsi en est-il lorsque l'épouse se retire des affaires, lorsqu'elle vient à mourir, lorsqu'elle cède sa maison de commerce pour en acquérir une plus importante. Tantôt, au contraire, le fonds lui-même disparaît ; les éléments qui le composent diminuent de valeur ; les marchandises s'épuisent sans être remplacées ; la clientèle se raréfie chaque jour davantage. Le mari retire son autorisation. Comme il ne peut pas ou comme il ne veut pas relever le crédit de sa femme, celle-ci est réduite à demander sa liquidation judiciaire ; ou ses créanciers font constater que des dettes commerciales n'ont pas été payées et obtiennent un jugement déclaratif de faillite.

Dans toutes ces hypothèses le droit commun trouve son application, et, examiner ces situations en détail, ce serait faire le commentaire de tout le Code de commerce. Il faut donc nécessairement limiter notre étude, et nous insisterons

seulement sur quelques points qui concernent plus spécialement la femme commerçante, en nous plaçant sous les pactes matrimoniaux les plus fréquents, sous les régimes communautaires.

A. — *Le fonds de commerce est un bien commun* : c'est ce qui se produira presque toujours sous la communauté légale, assez souvent sous la communauté réduite aux acquêts. Si la cessation du négoce est antérieure à la dissolution du régime matrimonial, le patrimoine commercial, en perdant son affectation, se trouve soustrait aux règles qui lui attribuaient un statut juridique particulier. Il n'est plus qu'un bien commun analogue à tous les autres, soumis à toutes les prérogatives du mari. De même que, pendant la vie du fonds de commerce, le chef de la communauté avait des droits d'administration, de jouissance et de disposition sur tous les bénéfices qui n'étaient pas employés dans l'entreprise, de même, après la cessation du négoce, il a toute faculté pour user et pour abuser des bénéfices commerciaux réalisés par l'épouse. Il recueille en totalité les multiples valeurs qu'il ne pouvait s'approprier en détail.

Or ce résultat, bien capable de séduire, est excessivement simple à atteindre. Il dépend en effet d'une manifestation de volonté (1) : la capacité de la femme mariée, créée par le consentement de son conjoint, est susceptible de disparaître par le retrait de l'autorisation.

Des conséquences analogues se produisent lorsque le même événement, par exemple la mort de la commerçante, vient mettre fin à la fois au régime matrimonial et à la gestion de la maison de commerce.

Le problème est plus complexe et par suite plus intéres-

(1) Cf. *Répertoire de Fuzier-Hermann*, V° *Autorisation de femme mariée*, p. 844 et seq.

sant quand sa femme, après le décès de son conjoint, continue d'être à la tête du fonds commun. La liquidation de la communauté est susceptible de se prolonger assez longtemps, et, pendant toute cette période, la vie commerciale continue son cours régulier ; des bénéfices sont réalisés.

S'il s'agissait de fruits naturels ou civils provenant des biens communs (récoltes d'un champ, loyers d'une maison, fermages d'une terre), aucune difficulté ne se rencontrerait ; l'antique adage *fructus augent hereditatem* trouverait son application comme en matière de succession (art. 1476), et tous les fruits perçus dans cette période intérimaire reviendraient à la communauté.

A l'inverse, si le travail de la femme était intervenu seul dans la création d'une valeur, la communauté ne saurait invoquer aucun droit sur cette valeur : car l'article 1401 ne lui attribue que les produits de l'industrie commune des époux.

Mais que décider lorsqu'il s'agit de ces biens mixtes que sont les bénéfices commerciaux ? Les deux éléments que nous avons précédemment dissociés se retrouvent ici intimement fondus ; le caractère de fruit de bien commun et celui de produit du travail personnel se pénètrent. La jurisprudence fut de bonne heure appelée à se prononcer sur cette délicate question et, le 24 novembre 1869, la Cour de cassation (1) la tranchait dans les termes suivants :

« La masse active de la communauté ne comprend pas les bénéfices réalisés par l'un des époux depuis la dissolution de la communauté jusqu'au partage, dans l'exercice d'une industrie personnelle, même au moyen d'un matériel dépendant de la communauté, à moins qu'ils ne proven-

(1) D. 70.1.25 et S. 70.1.72.

nent d'opérations qui sont une suite nécessaire d'entreprises commencées pendant l'existence de la communauté.

« En conséquence si le conjoint, resté en possession d'immeubles, de capitaux ou d'usines dépendant de la communauté, s'en est servi pour se livrer à des opérations nouvelles, pour son compte personnel, à ses risques et périls, les bénéfices résultant de ces opérations doivent lui être attribués, comme étant le produit de son travail et de son industrie particulière, à la charge de faire compte à la communauté, depuis la dissolution jusqu'au partage, outre les fruits naturels et les loyers des immeubles, de l'intérêt des capitaux et des choses mobilières, ainsi que de la valeur locative des usines à raison de 6 0/0. »

La même idée se retrouve dans toutes les décisions rendues postérieurement à cet arrêt. Entre les opérations auxquelles procède la femme mariée commerçante dans la période qui nous occupe, on procède à une départition : les unes sont considérées comme étant la suite d'opérations juridiques antérieures ; les autres constituent au contraire des manifestations d'une activité nouvelle. Les résultats économiques des premières sont produits mécaniquement pour ainsi dire par les biens communs ; ceux des secondes découlent du travail de la personne.

Tels sont les principes généraux qui inspirent manifestement les deux arrêts de la Cour de cassation les plus importants en la matière, celui (1) du 28 avril 1884 et celui (2) du 23 mai 1905. Nous retiendrons seulement l'attendu principal de ce second arrêt :

(1) D. 84.1.329, et S. 86.1.294.

(2) D. 1906.1.369, avec une note de M. Boutaud, et S. 1906.1.177, avec une note de M. Tissier.—*Adde* : Paris, 21 février 1893, D. 93.2.465, avec une note de M. Planiol, et Trib. Seine, 6 janvier 1908 (*Revue de Notariat*, 1909, p. 600).

La masse active de la communauté conjugale comprenant, d'après les articles 1401 et 1476 du Code civil, tous les fruits produits par les biens qui en dépendent depuis sa dissolution jusqu'au partage, il en résulte que, lorsqu'un fonds de commerce dépend de la communauté, les produits et bénéfices réalisés depuis la dissolution font partie de son actif, à moins que le conjoint qui en a continué l'exploitation ne se soit livré pour son compte personnel, à ses risques et périls, à des opérations toutes nouvelles ne rentrant pas nécessairement dans le fonctionnement habituel de la maison de commerce, mais exigeant une initiative, des connaissances spéciales et un travail qui lui soit propre.

Il est du reste à remarquer (1) qu'une indemnité sera due dans tous les cas, quel que soit l'attributaire des bénéfices. Si la totalité des bénéfices commerciaux est donnée à la communauté, l'épouse a droit à une rémunération pour l'activité qu'elle a dépensée ; c'est ce que reconnaît expressément un jugement (2) du tribunal civil de la Seine en date du 3 janvier 1884. La femme survivante qui a continué de gérer le fonds de commerce dépendant de la communauté a droit « à une allocation spéciale, en dehors du partage, à raison des soins et du temps par elle donnés à la gestion de la chose commune.

Lorsque le conjoint recueille les bénéfices, il doit lui aussi tenir compte à la communauté du profit personnel qu'il a tiré des valeurs communes (art. 1437). En partant de ce principe, la Cour d'Amiens, dans l'espèce que nous avons rapportée plus haut, avait mis à la charge du mari une récompense égale à 6 0/0 du prix de vente des immeubles dont il avait eu la jouissance. La Cour de Besançon,

(1) Cf. Boutaud, note précitée, *in fine*.
(2) *Gaz. Pal.*, 1884.1.188.

en 1905, le condamne à rapporter les intérêts du prix d'adjudication « sur le pied de 5 0/0 l'an, puisqu'il s'agit d'une valeur commerciale pour la moitié de cette somme augmenter d'autant la part des valeurs à attribuer à l'appelante ».

Toute cette construction jurisprudentielle est évidemment inspirée par le très louable dessein de donner satisfaction dans la mesure du possible aux divers intérêts en conflit. Mais elle a un grave inconvénient : c'est que le critérium qu'elle admet est des plus vagues. Quand l'initiative personnelle sera-t-elle suffisante pour faire passer au second plan les droits de la communauté ? C'est « résoudre une question de droit (1) par la considération d'un fait sur lequel les avis seront toujours variables ». Pour donner à cette solution un fondement juridique, M. Planiol s'appuie sur ce que l'époux survivant exposé à tous les risques de perte que comporte l'exploitation du fonds de commerce doit aussi, par une juste réciprocité, recueillir les bénéfices et profiter des chances favorables.

B. — *Le fonds de commerce est un propre de la femme.* — Certains auteurs (2), dans cette hypothèse, estiment qu'il y a lieu de déroger aux conditions rigoureuses imposées par l'article 1499 à l'épouse qui veut exercer ses reprises. A propos de l'exploitation commerciale, on ne retrouve pas cette incertitude et cette possibilité de fraudes qui justifient la sévérité du législateur ; et alors, le motif de la loi cessant, la loi doit elle aussi ne plus s'appliquer.

Cette conception qui se rattache nettement au mouvement doctrinal favorable à la liberté de la preuve n'a pas été admise par la jurisprudence ; et la Cour de cassation,

(1) M. Planiol dans sa note précitée.

(2) Cf. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. II, p. 686.

dans un arrêt du 15 mai 1899 (1), l'a condamnée dans les termes suivants :

Une femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts ne peut justifier vis-à-vis des tiers, et spécialement des créanciers de son mari, d'un apport mobilier que par un inventaire ou un état authentique antérieur au mariage. Ainsi la femme ne peut prétendre à être colloquée, pour son apport, en vertu de ses reprises garanties par l'hypothèque légale, de préférence à des créanciers inscrits sur un immeuble vendu par le mari, lorsque la femme s'était constituée en dot la part lui revenant dans la succession de son père confondue dans un fonds de commerce et lorsque d'ailleurs le fonds de commerce n'avait pas été inventorié au décès du père et que ce décès était antérieur de cinq ans au mariage.

§ 2. — La femme était une associée.

Les principes généraux relatifs à la liquidation des sociétés commerciales trouvent ici leur champ normal d'application. Le sexe, l'état de mariage n'exercent à ce titre aucune influence particulière. La seule hypothèse qui mérite une mention spéciale est celle où la société a été contractée entre l'épouse et son mari.

La jurisprudence, s'appuyant sur les arguments que nous avons analysés plus haut, est logique avec elle-même en frappant la société entre époux d'une nullité absolue. Poursuivant les conséquences de cette idée, elle devrait admettre l'inefficacité intégrale de toutes les opérations sociales et dégager toutes les suites de l'adage romain : *quod nullum est nullum producit effectum.* Rien ne peut avoir été créé

(1) S. 1900.1.113, avec une note de M. Lyon-Caen, et D. 99.1.937.

par le néant juridique ; le tribunal ne fait que constater une stérilité bien antérieure à sa décision. Aucun patrimoine social n'a été formé, et le groupement de fait n'est pas devenu sujet actif ou passif de droits.

Mais, comme le dit très justement M. Hémard (1), « quand la société a déjà fonctionné, quand la confusion des biens des associés s'est opérée, quand des acquisitions ont été faites, la rétroactivité de la nullité serait désastreuse et illogique ». Les tiers ont cru à l'existence de ce patrimoine social affecté à la garantie de leurs créances : c'est en comptant sur ce gage qu'ils sont entrés en relations avec cette société parfaitement régulière en apparence. Ils n'ont commis aucune faute et ils ont le droit d'être protégés. D'autre part, la logique juridique ne consiste pas à déduire aveuglément d'une règle tous les résultats qu'elle implique ; il faut tenir compte des faits accomplis. Le droit, science des réalités, ne doit pas reposer sur des fictions : la société a vécu, elle a passé des contrats, assumé des obligations ; le raisonnement ne peut aller contre le fait.

Aussi la jurisprudence, au contact de la réalité, a-t-elle dû atténuer les arêtes trop vives de sa construction ; elle a limité à l'avenir les effets de la nullité absolue, elle a admis pour le passé *l'existence d'une société de fait*. L'intérêt des créanciers ne sera pas sacrifié et, vis-à-vis d'eux, le pacte social produira toutes les conséquences normales jusqu'au jour de la dissolution. D'un autre côté, entre les époux, on procédera à une liquidation. Cette conception, longtemps combattue par les tribunaux, tend à s'imposer à eux chaque jour davantage. Alors que les premières décisions admettaient l'idée de nullité absolue et en faisaient découler

(1) Cf. note précitée (S. 1905.1.41). — *Adde* : *Annales de droit commercial*, 1909, p. 83.

la mise (1) hors de cause de l'épouse, les jugements et les arrêts les plus récents admettent qu'il y a lieu de liquider la société de fait. Les divergences se rencontrent non plus sur le principe, mais sur le mode de cette liquidation.

Un arrêt de la Cour de cassation (1), en date du 7 mars 1888, statue dans les termes suivants :

La nullité de la société entre époux n'empêche pas que jusqu'au moment où cette nullité est demandée par les intéressés, il n'ait pu y avoir entre les prétendus associés des rapports de fait qui doivent se régler sans que l'un s'enrichisse aux dépens de l'autre et qui par conséquent ouvrent à chacun d'eux le droit réciproque de provoquer le partage de l'actif et du passif résultant des opérations faites en commun, ce partage devant avoir lieu conformément aux règles du droit et aux usages de la matière.

Ce principe, formulé par la jurisprudence d'une façon très vague, aboutit à soumettre la liquidation aux règles posées par l'article 1853 du Code civil et à partager les biens sociaux proportionnellement aux apports.

Mais, de plus en plus, ce sont les statuts de la société qui sont suivis, lorsque la nullité a été prononcée. Ce système de liquidation, conforme à l'équité, peut invoquer en sa faveur un argument d'analogie tiré de la loi (3) du 1er juillet 1901. L'article 9 de ce texte décide en effet qu'en cas de dissolution prononcée par justice, les biens de l'association seront dévolus conformément aux statuts.

Ce n'est plus qu'en l'absence de conventions écrites (4) que la société entre époux sera liquidée conformément à l'article 1853 du Code civil.

(1) Paris, 24 mars 1870, D. 72.2.43, et S. 71.2.71 ; Cass., 27 janvier 1875, D. 75.1.297, et S. 75.1.112.

(2) S. 88.1.304, et D. 88.1.349.

(3) Cf. M. Hémard dans sa note précitée.

(4) Cass., 11 avril 1906, *Revue des sociétés*, 1906, p. 285, et Cass., 18 mai 1908, *Ibid.*, 1908, p. 325.

CHAPITRE II

LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE EN ALLEMAGNE ET EN SUISSE.

SECTION I. — La création du fonds de commerce.

Alors que le Code de commerce de 1861, s'inspirant de la vieille idée de subordination, exigeait dans ses articles 6 à 9 l'autorisation au moins tacite du mari pour que l'épouse puisse entreprendre un commerce (mit Wissen und ohne Anspruch des Mannes), le nouveau H. G. B. de 1897 ne contient aucune disposition de ce genre. Pour en déterminer le point de vue, il est donc nécessaire de se reporter aux travaux préparatoires et notamment aux délibérations (1) du Reichstag. L'idée essentielle qui se retrouve chez tous les orateurs, à l'exception de quelques chefs du parti socialiste, c'est le désir de modifier le moins possible la législation de 1861 que tous regardent comme parfaite. Alors qu'en droit civil il s'agissait, dit le docteur Nieberding, de créer le premier droit commun à la place d'une diversité de législations pour la plupart vieillies, il n'est question ici que de réviser un Code qui, dès l'époque présente, est répandu dans tout notre pays, un Code de tendances essentiellement modernes, estimé de notre nation, hautement considéré

(1) Nous ne ferons pas une étude spéciale de la législation suisse ; nous nous bornerons à signaler en note les différences qui la séparent des conceptions allemandes.

(2) Cf. *Erste zweite und dritte Berathung des Entwurfs eines H. G. B.*, Berlin, 1897.

même en dehors de nos frontières, une œuvre de grande perfection dans le fond et dans la forme (von grosser sachlicher wie formaler Vollendung).

Le seul but de la réforme est de mettre en harmonie la législation commerciale et la législation civile de 1896 ; et on s'attache à conserver dans la mesure du possible le caractère de l'ancienne loi, son ordre, ses conceptions, sa langue. Cette union entre le présent et le passé est la meilleure garantie du succès de l'H. G. B. Le projet, conclut le député Bassermann, doit être salué dans son ensemble comme une œuvre excellente, et il est à remarquer que rarement, au berceau d'une loi, un tel éloge (Loblied) a été chanté à la fois par les juristes et par les profanes.

Quelle est la condition faite en 1897 à l'épouse commerçante ? Le député Bassermann dit expressément que toutes les limitations apportées par le vieux Code sont laissées de côté et que les dispositions plus libérales envers la femme du B. G. B. et de la loi sur l'industrie (Gewerbeordnung) voient leur application étendue par là même au domaine du droit commercial. D'une façon plus explicite encore, le député Stadthagen déclare : La situation de l'épouse, telle que nous la connaissons dans le Code de 1861, disparaît. Je ne puis que saluer cette transformation avec joie : c'est visiblement une conséquence des dispositions générales qui visent, dans le B. G. B., la capacité des femmes et grâce auxquelles il devient possible de supprimer la construction juridique faite spécialement pour la femme commerçante.

Ainsi les mêmes prérogatives se trouvent consacrées au profit des deux sexes et l'épouse peut les revendiquer au même titre que son conjoint. La femme, qu'elle soit mariée ou célibataire, a *toute liberté pour créer un fonds de commerce en dehors de toute autorisation maritale* et pour ac-

quérir, même contrairement à la volonté formelle du mari, la qualité de commerçante. Elle est donc soumise aux règles du Code de commerce ; tantôt elle devient commerçante (1) en vertu de la loi, parce qu'elle se livre à une opération commerciale par son essence (achat pour revendre, assurances à primes, commission, édition d'ouvrages, etc.). Tantôt elle le devient seulement par l'inscription au registre du commerce, mais cette inscription est pour elle obligatoire, car il s'agit d'entreprises qui, par leur genre et par leur étendue (nach Art und Umfang) se rapprochent nécessairement des modes d'exploitation en usage dans le commerce (comptabilité régulière, conservation des lettres reçues et envoyées, compte-courant, etc.). Tantôt enfin l'épouse, bien que ne rentrant pas dans le domaine du droit commercial parce qu'elle s'occupe principalement d'agriculture (Land-und Forstwirthschaft) peut réclamer le bénéfice de l'inscription à l'Handelsregister si elle se livre accessoirement à une entreprise commerciale. Selon les expressions allemandes, la femme mariée a toute liberté pour appartenir à l'un des trois groupes (2) suivants : les Musskaufleute, les Sollkaufleute, les Kannkaufleute (3).

(1) Cf. Goldmann, *Das H. G. B.*, Berlin, 1901, t. I, p. 10 et seq.

(2) Traeger, *Erste Berathung*, p. 11 et 12.

(3) Le Code civil suisse n'est pas allé sur ce point aussi loin que le B. G. B. dans la voie de l'émancipation économique de la femme. De même qu'en droit français, l'autorisation expresse ou tacite du mari demeure nécessaire pour que l'épouse puisse se livrer à une profession ou à une industrie. Mais l'article 167, après avoir édicté cette règle, y apporte aussitôt des tempéraments importants : si le mari refuse son consentement, la femme peut être autorisée par le juge lorsqu'elle établit que cette mesure est commandée par l'intérêt de l'union conjugale ou de la famille. La défense faite par le mari ne pourra, d'autre part, être opposée aux tiers de bonne foi que si elle a été publiée par l'autorité compétente (Cf. pour plus de détails, Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 238 et seq.).

Il lui est également loisible de contracter, soit avec un tiers, soit avec son mari, une *société commerciale*, en nom collectif, en commandite ou par actions. Si le régime adopté par les époux est un régime communautaire, il se produira une juxtaposition intéressante de deux associations de biens, Le pacte matrimonial, comme la convention sociale, réalise la réunion de deux patrimoines pour la recherche d'un but commun ; tous les deux se rattachent, par leur origine, au principe de la copropriété en main commune. Mais chacune de ces communautés poursuit une fin différente, familiale au premier cas, économique dans le second.

La conciliation de ces intérêts divers donne lieu à des questions intéressantes (1), mais qui ne rentrent pas directement dans notre étude. Il nous suffit d'avoir indiqué le principe général qui permet à l'épouse d'exercer librement son activité dans le domaine du commerce, soit avec ses propres forces, soit avec le concours d'associés.

SECTION II. — **L'exploitation du fonds de commerce.**

La femme mariée a fondé une maison qui doit désormais participer à la vie des affaires. Or vivre, c'est, au point de vue du droit comme au point de vue de la biologie, entrer constamment en rapport avec le dehors, faire un travail perpétuel d'intégration et de désintégration ; c'est être sujet actif ou passif de droits ; c'est contracter des opérations innombrables, c'est réaliser des bénéfices et s'exposer à des pertes.

Quel sera le sort juridique réservé aux gains de l'épouse

(1) Cf. Gildemeister, *op. cit.*, dans la *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1904.

commerçante ? Quelles seront les suites des obligations par elle assumées ? Tels sont les deux grands problèmes dont l'intérêt pratique n'est égalé que par la complexité théorique.

§ 1. — Bénéfices réalisés.

L'article 1367 du B. G. B. attribue comme biens réservés à l'épouse non seulement les produits de son travail, mais encore ce qu'elle acquiert par l'exercice indépendant d'une entreprise de caractère lucratif (durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts). La notion de l'Erwerbsgeschäft (1) est assez difficile à préciser : c'est que l'expression est susceptible de revêtir des sens assez nombreux. Tantôt elle désigne l'ensemble des divers objets qui servent à l'exploitation d'un fonds de commerce ; tantôt elle s'applique à la totalité des actes juridiques nécessaires à l'existence de l'entreprise ; tantôt enfin elle comprend en même temps les choses qui composent le patrimoine et les opérations qui l'affectent.

Opet et von Blume, dans leur commentaire du droit de famille, donnent une définition qui nous paraît avoir le double avantage d'être complète et d'être claire. L'Erwerbsgeschäft, c'est l'entreprise conduite dans le but de se procurer un revenu durable, exigeant un capital de fondation (Grundkapital) et se composant de manifestations répétées d'une activité dirigée vers ce but.

Ainsi les deux termes employés par l'article 1367, loin d'être essentiellement opposés, ont de nombreuses ressemblances (2). Leur différence est uniquement *de quantité*,

(1) Cf. Schefold, *Archiv für die civilitische Praxis*, 1901, p. 142 et seq.

(2) Thiele, *Archiv für civilitische Praxis*, année 1907, p. 207 et seq.

non de qualité ; la même activité, selon qu'elle sera passagère ou continue, rentrera dans l'Arbeit ou dans l'Erwerbsgeschäft. Une autre conséquence de cette définition, c'est que les règles que nous allons formuler, si elles régissent la commerçante, ne s'appliquent pas à elle seule. Elles s'étendent aussi bien à la femme écrivain ou artiste, à l'actrice, à la maîtresse de pension, à celle qui dirige une maison de culture ou un atelier d'industrie.

Il faut de plus qu'il s'agisse d'un but licite et qu'il y ait une activité véritable. Les gains réalisés à la suite de spéculations en bourse ne font pas partie du pécule ; c'est en réalité le capital qui travaille. D'autre part, s'il s'agit d'actes illicites ou immoraux, la disposition de l'article 1367 ne s'applique pas. Une femme mariée qui se livre à la prostitution, une entremetteuse, une mendiante ne font aucun Erwerbsgeschäft. La question devient plus délicate lorsqu'à côté du but défendu se trouve un but permis : une épouse tient une hôtellerie où on exploite des jeux de hasard, elle dirige une maison de prostitution où on sert des boissons. Il est alors nécessaire de discerner le plus important des deux commerces pour fixer d'après lui le sort des bénéfices réalisés.

La seconde condition imposée par le paragraphe que nous étudions est l'*indépendance de l'exploitation* (der selbständige Betrieb). L'expression est susceptible de deux sens : elle peut désigner celui qui entreprend une affaire pour son compte par opposition à l'employé, à l'ouvrier, au travailleur au service d'autrui ; elle s'applique aussi à une activité autonome vis-à-vis du mari. C'est évidemment le second sens qui est visé par le B. G. B. La question est à résoudre, non d'après le caractère économique de chaque branche d'industrie, mais d'après la situation de fait de l'épouse

relativement au mari. Ainsi l'employée de commerce, la contremaîtresse, la domestique, malgré leur subordination à un chef peuvent exercer d'une façon indépendante une entreprise lucrative. Il n'est donc pas nécessaire que la femme exerce elle-même le commerce ; elle peut avoir un représentant, un mandataire, mais extérieurement elle doit se trouver à la tête de l'affaire, la conduire, la diriger. En résumé, comme on l'a dit au Reichshag, « l'exercice indépendant du commerce de la femme mariée doit s'entendre par opposition à son activité comme auxiliaire du mari dans les affaires de ce dernier ».

Pour exposer les rapports juridiques qui découlent de l'exploitation par l'épouse d'un fonds de commerce, nous séparerons deux grandes hypothèses.

La première est de beaucoup la plus simple au point de vue théorique. *Le Vorbehaltsgut a entièrement suffi* à la constitution de la petite épicerie que la femme a fondée. Le mari peut alors exercer seulement les droits que l'épouse lui concède expressément ou tacitement ; son ingérence est totalement exclue. La femme demeure maîtresse de l'intégralité des bénéfices par elle réalisés. Elle a pleine capacité d'autre part pour contracter avec un tiers une société en nom collectif ou en commandite. Le mari ne participe en rien aux affaires de la société : les cotisations et les objets acquis forment le patrimoine social qui appartient aux associés en main commune.

Les mêmes principes trouvent application lorsque la femme dirige une exploitation *avec des ressources étrangères*. Elle est par exemple locataire d'un fonds de commerce ; l'existence du contrat de louage implique le droit à l'usage et à la jouissance.

Les locaux avec leur affectation commerciale, les comp-

toirs et les rayons qui les garnissent, n'appartiennent pas à l'épouse qui ne peut en disposer ni directement, ni indirectement ; ils se trouvent par suite absolument soustraits aux droits du mari, car ils ne peuvent être des biens d'apport. Au contraire les marchandises, choses consomptibles, sont destinées à être vendues, sauf à rendre, à la fin de l'exploitation, des objets de même qualité et quantité ; elles deviennent la propriété de la commerçante ; mais, achetées avec des valeurs réservées, elles font partie du Vorbehaltsgut.

Toutes ces espèces sont à peu près ignorées de la pratique qui est beaucoup plus complexe. Le plus souvent, en effet, la femme continuera après le mariage un commerce entrepris précédemment ; ou bien, pour augmenter les ressources, postérieurement à l'union, elle affectera à une entreprise commerciale une partie de sa dot. Dans les deux cas, l'eingebrachtes Gut servira à l'activité indépendante de l'épouse, et un conflit se produira entre deux principes différents, également consacrés par le B. G. B. : la liberté économique de la femme et les droits du mari sur le bien d'apport.

Prenons deux exemples : A. *L'épouse, au moment de son mariage, est propriétaire d'un fonds de commerce* inscrit sous sa firme. D'après la théorie généralement admise, ce fonds devient bien d'apport et est soumis à toutes les règles qui gouvernent le sort de l'eingebrachtes Gut. Tous les éléments multiples dont l'ensemble constitue une *universitas facti* tombent sous l'administration et la jouissance du mari : ainsi en est-il du magasin, des meubles qui servent à l'exploitation, des matières premières, des réserves de marchandises. Le consentement du mari, s'il n'est pas nécessaire, est cependant fort utile : en son absence, la vie du

fonds de commerce risque d'être entravée à chaque instant. Le chef du ménage a toute liberté pour prendre possession de certaines parties de l'actif (art. 1373), pour disposer, en dehors de la volonté de la femme, de l'argent et d'autres choses consomptibles (art. 1376, al. 1).

Sans doute, si l'administration du mari devient un véritable danger, la commerçante a la faculté soit d'exiger des sûretés qui la protègent (art. 1391), soit même de réclamer en justice la suppression de prérogatives dont il est fait un mauvais usage (art. 1418). Mais le refus de l'autorisation demeure une arme excessivement efficace qui paralyse le droit de disposition de l'épouse, qui rend impossible l'aliénation des marchandises et le recouvrement des créances, qui limite au Vorbehaltsgut le pouvoir de la femme d'acquérir et de s'obliger. Comme le constate très justement Wiernszowski, les époux peuvent se rendre la vie fort difficile s'ils invoquent le Code.

Cette théorie a d'autre part l'inconvénient de contredire l'unité de l'exploitation : elle aboutit à créer *deux masses distinctes de biens*, l'une régie par les textes du bien d'apport qui comprend le capital de premier établissement, l'autre soumise aux principes des biens réservés qui embrasse tous les bénéfices réalisés par l'épouse. Cette antinomie ne nous paraît pas appelée à disparaître aussi promptement que le soutient M. Léon Lyon-Caen dans sa thèse (1). Selon lui, « les biens apportés, dès que la femme en dispose, perdent leur qualité originaire et le produit de leur vente est au nombre des biens réservés. Mais on ne prend pas garde que les valeurs affectées au commerce sont destinées à se transformer : le capital circule, les marchan-

(1) *Op. cit.*, p. 273.

dises sont vendues et remplacées par d'autres marchandises qui deviennent biens réservés par le jeu de la subrogation (art. 1370) ; au bout de peu de temps, par suite du mouvement des affaires et de la multiplicité des transactions, il ne restera plus rien du capital générateur. Le fonds se composera uniquement de biens réservés. Nous pensons au contraire que le principe de la subrogation réelle a pour effet essentiel de maintenir le caractère de bien d'apport à la valeur de la dot, quelles que soient les transformations matérielles qu'elle subisse. Il n'y a pas là « une scission éphémère », mais plutôt une *opposition permanente* qui subsiste aussi longtemps que le régime matrimonial reste intact.

Au point de vue pratique, c'est méconnaître l'indépendance économique de la commerçante ; c'est surtout susciter des difficultés innombrables pour arriver à isoler, dans ce mélange bigarré (buntes Gemenge) qu'est l'inventaire d'une entreprise commerciale, les valeurs qui ont leur source dans le capital originaire.

Cette complexité, contraire aux exigences de la vie, devait faire naître dans la doctrine et dans la jurisprudence des tentatives intéressantes. En Allemagne comme en France, il existe un conflit entre les interprètes : les uns, les plus nombreux, peut-être en raison de l'apparition récente des Codes, voient dans le texte de la loi écrite un tout qui se suffit à lui-même et ne recherchent que la pensée du législateur ; les autres, plus hardis, savent que le droit a pour but essentiel de satisfaire aux besoins sociaux, de répondre aux aspirations modernes. L'article d'un Code n'est pour eux qu'un moyen d'atteindre la fin désirable, et le rôle de l'interprète est de l'assouplir, de le plier aux tendances nouvelles.

Cette dernière conception est manifestement celle de *Dernburg*. Ce qui fait, d'après l'éminent juriste (1), la supériorité du B. G. B. sur le Code de 1804, ce n'est pas sa forme qui est moins élégante et moins claire ; c'est la consécration légale de certains courants juridiques nés dans le monde moderne. Alors que le Code civil reconnaît la supériorité du mari sur la femme (Herrenrecht), que l'un doit protection et l'autre obéissance, le B.G.B. accorde à l'épouse pleine capacité et établit à son profit des biens réservés. Il n'y a pas là seulement un accroissement de la capacité juridique de l'épouse, il y a aussi une exigence de la vie économique nationale.

Il appartient aux auteurs de développer dans ses applications la règle admise par les rédacteurs des codes. « Le droit de famille du B. G. B., écrit Dernburg dans un article (2) très important, conforme en cela aux impulsions de l'époque moderne, est essentiellement individualiste. La femme doit avoir son entière capacité commerciale et ce but ne serait pas atteint si on disait à l'épouse : fais un contrat de mariage ou abandonne la direction de ton Erwerbsgeschäft, car la situation serait trop incertaine. Dans le public allemand, la conclusion d'un contrat de mariage est une chose que l'on n'aime pas. »

Pour éviter ce péril, Dernburg, reprenant une théorie défendue pour la première fois par Hachenburg (3), « fait un pas décisif (4) sur la voie que le mouvement féministe,

(1) Cf. *Deutsche Juristen Zeitung*, année 1905, *op. cit.*, p. 4.

(2) Cf. *Deutsche Juristen Zeitung*, année 1902, *op. cit.*, p. 465 et seq.

(3) *Das B. G. R. für dar deutsche Reich. Vorträge*, Mannheim, 1900, p. 391.

(4) Thiele, *Archiv für die civilitische Praxis*, 1907, *op. cit.*, p. 307.

attrayant par sa nouveauté, a montrée à tous les yeux comme un but digne d'être poursuivi ». Son raisonnement est des plus simples et il peut se résumer dans deux arguments empruntés l'un aux textes du B. G. B. et l'autre aux travaux préparatoires.

L'article 1363 déclare bien d'apport le patrimoine soumis à l'administration et à la jouissance du mari ; *le paragraphe 1365* attribue la qualité de biens réservés aux biens sur lesquels ne s'étendent pas cette administration et cette jouissance. Or sur les valeurs affectées à l'exploitation du fonds le mari n'exerce aucune prérogative : il n'en a pas la jouissance puisque les bénéfices commerciaux reviennent à l'épouse ; il n'en possède pas davantage l'administration. Il en résulte que les divers objets qui sont apportés en dot par la commerçante et qui servent à l'exercice de sa profession ne satisfont pas aux conditions de l'article 1363 et rentrent par suite dans le Vorbehaltsgut.

L'article 1366 est du reste tout à fait favorable, selon Dernburg, à cette interprétation extensive (1). Les termes dont il se sert (les choses destinées exclusivement à l'usage personnel de la femme) sont susceptibles d'être compris dans deux sens : un sens étroit qui vise seulement les choses utiles à la personne physique de la femme, *un sens large* qui embrasse tout ce qui sert à l'usage exclusif et indépendant de l'épouse. La première conception est la plus ancienne ; elle se retrouve dans l'Allgemeines preussisches Landrecht de 1794, et elle était encore dominante au moment de la rédaction du premier projet.

Le second point de vue, plus en harmonie avec les théories modernes, a été défendu au Reichstag et traduit la pen-

(1) Cette extension a été consacrée par le Code civil suisse dans son article 190.

sée du législateur. Un amendement fut même proposé pour ajouter à l'article 1366 le membre de phrase suivant : ainsi que les objets servant à l'exercice de sa profession ou de son commerce (zur Ausübung ihres Berufs oder Erwerbs). Si la rédaction définitive a été transformée, si l'expression d'instruments de travail a seule subsisté, c'est qu'on a préféré une forme plus brève ; mais les idées fondamentales n'ont pas été modifiées, et la meilleure preuve en est que l'énumération de la loi, loin d'être limitative, est purement énonciative. Ce sont des exemples que le législateur indique et les hypothèses qu'il prévoit ne sont que des applications particulières d'un principe général.

La jurisprudence allemande, peu nombreuse sur la question, tend à adopter la théorie de Dernburg. Le Tribunal d'Empire (1), statuant au criminel, a décidé que « le mari qui pénètre dans les magasins malgré la défense de l'épouse exerçant une activité indépendante se rend coupable de violation de domicile (Hausfriedenbruch) ». Cet arrêt suppose implicitement que les objets servant à l'exploitation ne sont pas des biens d'apport. Autrement l'acte du mari n'aurait pas été contraire au droit, car les articles 1373 et 1376 auraient trouvé leur application et permis au chef du ménage de prendre possession de l'eingebrachtes Gut.

Plus directement, le tribunal supérieur régional de Dresde (2) a sanctionné pleinement la thèse de Hachenburg et de Dernburg, et il a reconnu que tout ce qui appartient à l'Erwerbsgeschaft de la femme avant le mariage est bien réservé.

Le litige porté devant le Tribunal d'Empire (3) n'a pas

(1) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, 1902, p. 355.
(2) *Deutsche Juristen Zeitung*, année 1906, p. 739.
(3) Cf. *Deutsche Juristen Zeitung* 1906, p. 315.

reçu une solution très nette. Sans doute le Tribunal a refusé au mari le droit de poursuivre l'exploitation commerciale en invoquant son droit d'administration ; mais il ne s'est pas expressément rallié à la théorie de Dernburg, et il s'est plutôt appuyé sur l'idée qu'un usufruit relatif à un ensemble de choses et de droits est inconnu du Code de 1896. Cette affirmation est inexacte du reste, car l'article 1455 du B. G. B. se réfère à l'hypothèse où un fonds de commerce appartient à un mineur et est soumis à la jouissance légale du père.

D'autre part, un jugement (1) du tribunal supérieur régional de Kassel, en date du 13 avril 1908, s'écarte manifestement du système de Dernburg. C'est que, si des avantages pratiques incontestables poussent à admettre la thèse du célèbre jurisconsulte, *son fondement juridique n'est pas très solide.*

L'article 1365 du B. G. B. n'a pas pour but de donner une définition du pécule de l'épouse ; il est bien plutôt une exception à la règle générale de l'article 1363. En tête du titre 6 (livre IV, section I), le législateur inscrit le principe qui domine toute la réglementation des rapports pécuniaires entre époux sous le régime légal : soumission du patrimoine de la femme à l'administration et à la jouissance du mari. Les paragraphes 1364 à 1373 apportent deux dérogations, l'une, personnelle dérivant d'une atténuation de la capacité de l'épouse (art. 1364), l'autre, réelle, découlant de l'origine de certains biens. Ces deux exceptions doivent par suite être interprétées d'une façon très restrictive, et, si le juge est en droit d'appliquer le texte à tous les

(1) Seuffert, *Archiv*, 1909, p. 102.

objets que comprennent les catégories visées par le législateur, il lui est interdit de créer une catégorie nouvelle.

D'autre part, l'article 1367 vise exclusivement l'Erwerb, c'est-à-dire le gain réalisé dans l'exploitation ; mais l'exploitation elle-même, l'Erwerbsgeschäft, n'est pas indiquée ; et, si le législateur avait véritablement songé dans l'article 1366 à donner à l'entreprise le caractère de bien réservé, il aurait été absolument inutile et superflu d'édicter la seconde partie du paragraphe 1367, car le principe général de la subrogation formulé dans l'article 1370 aurait été suffisant.

Ces critiques nous expliquent pourquoi l'*autorisation maritale subsiste encore*, même après la promulgation des codes impériaux. Si elle n'est pas indispensable pour que la femme mariée commerçante puisse poursuivre son entreprise, après son mariage comme avant son union, elle demeure essentiellement utile au crédit de l'épouse et au succès de l'exploitation. Sa fréquence pratique nous fait un devoir de l'étudier rapidement dans ses formes et dans ses effets.

Une manifestation expresse de volonté n'est pas imposée par la loi ; et l'article 1405, dans son alinéa 2, se contente d'une autorisation tacite, de l'exercice de la profession au vu et au su du chef du ménage (mit Wissen und ohne Einspruch des Mannes).

Quant aux conséquences produites par l'adhésion du mari, elles sont susceptibles, d'après certains auteurs (1), de se réaliser avec une intensité plus ou moins grande. Si le Code de 1897 n'impose plus d'une façon générale l'intervention maritale, c'est moins pour permettre à la femme

(1) Cosack, *Lehrbuch des deutschen Handelsrechts*, Stuttgart, 1909, p. 48 à 57. — Cf. *contrà* : Lehmann und Ring, *das H. G. B.*, t. I, Berlin, 1902.

de gérer un fonds en dehors de la volonté de son conjoint que parce qu'il fait dépendre la qualité de commerçant du simple fait de l'exercice d'un commerce et non de la légitimité de ce fait. De même qu'un fonctionnaire qui se livre à une entreprise commerciale devient commerçant malgré l'incompatibilité de sa fonction publique avec le négoce, de même en est-il de l'épouse qui n'a pas obtenu le consentement du mari ou qui n'a été habilitée qu'à *exploiter d'une manière non autonome* (unselbständig).

C'est seulement si le chef du ménage a véritablement consenti à l'indépendance économique de la femme que tous les effets de l'autorisation sont acquis et qu'il faut admettre la pleine capacité de la commerçante dans le domaine de ses intérêts commerciaux, l'efficacité de ses obligations sur les biens d'apport.

Malgré l'autorité de M. le Professeur Cosack, nous n'admettons pas cette dualité dans les résultats de l'autorisation maritale. Elle méconnaît ou du moins elle ne reconnaît pas entièrement le principe qui domine à la fois le B. G. B. et l'H. G. B. : l'égalité juridique des deux sexes et la disparition de la tutelle de l'épouse. L'autorisation d'exploiter d'une façon non autonome est un moyen terme qui ne peut se comprendre (1) que dans les législations qui acceptent l'incapacité de la femme mariée. Mais, du moment où la reconnaissance légale de l'activité de la commerçante existe sans et même contre la volonté du mari, les limitations apportées aux droits de disposition directe ou indirecte de l'eingebrachtes Gut sont uniquement destinées à protéger les prérogatives pécuniaires du mari : le seul but de l'autorisation est, non de conférer une capacité nouvelle à l'épouse, mais d'étendre ses pouvoirs sur les biens.

(1) Cf. Düringer et Hachenburg, *das H. G. B.*, vom 10 mai 1897, *aus der Grundlage das B. G. B. erläutert*, Mannheim, 1908 t. I.

Le B. G. B. a du reste adopté cette conception, et il s'est occupé des conséquences de l'autorisation à propos des divers régimes matrimoniaux et non au titre des effets généraux du mariage (art. 1353-1363).

B. — *Au cours de l'union conjugale, la femme crée un fonds de commerce* ; elle y emploie les économies qu'elle a réalisées sur les produits de son travail, et, pour compléter le prix réclamé par le vendeur, elle emprunte à son mari la somme de 10.000 marks.

Aucune difficulté ne se présente si le prêteur a stipulé des intérêts ; les règles ordinaires du contrat trouveront leur application, et la commerçante, une fois qu'elle aura acquitté sa dette, conservera à titre de biens réservés tout le surplus des bénéfices.

Mais cette solution, très simple au point de vue des principes du droit, ne se rencontrera presque jamais en fait. Les contrats de prêt entre époux demeurent excessivement rares en pratique, et aucune convention expresse ne détermine les droits respectifs du mari et de la femme. L'équité paraît demander dans cette espèce que le juge fasse ce que les parties auraient pu et ce qu'elles auraient dû faire. Qu'une décision du tribunal vienne séparer dans les bénéfices réalisés la part du capital et celle du travail pour rémunérer la première sans sacrifier la seconde !

Tel n'est pas cependant le point de vue qu'ont adopté les législateurs de l'Allemagne. Ils ont reculé devant les complexités inouïes d'une ventilation entre deux éléments qui se pénètrent à chaque instant dans la vie d'une exploitation commerciale.

« Si le mari donne à sa femme 10.000 marks pour son commerce, nous écrit M. le Professeur Cosack (1), et que

(1) Lettre du 29 décembre 1909.

par là il lui permette d'exercer le commerce en son propre nom et d'une façon indépendante (selbständig), tout ce que la femme acquiert à l'aide de ce capital devient sa propriété et en réalité bien réservé. Mais elle doit rendre les 10.000 marks au mari lorsqu'il les réclame, à moins que le contraire n'ait été convenu. Elle ne doit payer des intérêts que s'ils ont été expressément stipulés. »

Le Code civil suisse se montre moins absolu ; il concilie deux théories différentes en faisant à chacune sa part et en distinguant selon le patrimoine qui fournit la somme à la commerçante.

« La question, nous répond M. Huber (1), doit, conformément à l'article 192, § 1, être tranchée dans le sens que tout le produit des biens réservés (Sondergut) revient à l'épouse. Si donc le mari tire du patrimoine de la femme (aus ihrem Frauengute) les 10.000 marks qu'il affecte à l'entreprise commerciale, tout le revenu appartient à la femme. Mais si le mari donne ces 10.000 marks sur ses biens personnels (aus dem Mannesgute), alors c'est seulement le gain résultant du travail qui fait partie du pécule de l'épouse (art. 191, al. 2). »

Quelle que soit la solution admise à cet égard, il demeure certain que l'obligation de contribuer aux charges du ménage incombe à la commerçante comme à toute femme mariée. Elle se détermine quant à sa quotité d'après les les règles du droit commun. Une décision intéressante a été rendue à ce sujet par le Sächsisches Oberverwaltungsgericht le 17 janvier 1907. « Une femme mariée, dit le tribunal (2), qui exerce un commerce indépendant de celui du mari et est aidée par ses enfants, a le droit, pour le calcul

(1) Lettre du 31 janvier 1910.
(2) *Deutsche Juristen Zeitung*, 1908, p. 712.

de son revenu sur lequel elle doit contribuer, de déduire le salaire payé par elle à ses enfants, mais non pas la valeur de l'entretien des enfants dans la maison paternelle. Les enfants reçoivent cet entretien du père (1) qui doit subvenir aux charges du ménage lorsque sa femme lui a fourni sur son gain une contribution proportionnelle. »

§ 2. — Obligations de la femme mariée commerçante.

Il ne s'agit point ici d'une question de capacité, car nous savons que les nouveaux codes de l'Allemagne ont définitivement abandonné l'antique théorie de l'incapacité de la femme ; il s'agit uniquement d'une question de pouvoirs qui consiste à déterminer les effets des engagements (2) consentis par l'épouse. En nous plaçant à un autre point de vue, quels sont les droits des créanciers de la commerçante ? Les principes généraux du B. G. B. trouvent ici leur entière application, et la solution varie essentiellement suivant le régime matrimonial adopté par les conjoints.

Sous le régime de droit commun, sous la Verwaltungsgemeinschaft, le Vorbehaltsgut est responsable dans toutes les hypothèses et forme le gage par excellence des créanciers commerciaux. Au contraire le bien d'apport n'est pas toujours tenu : c'est que le mari a sur lui certains droits qui méritent d'être respectés.

S'il s'agit de dettes antérieures au mariage, les droits des créanciers n'ont pas du être atteints par l'union de leur

(1) Cf. Oberlandsgericht Braunschweig, 12 octobre 1905, *Deutsche Juristen Zeitung*, 1906, p. 210.

(2) Cf. Lehmann und Ring, *op. cit.*, p. 10 et seq. et Simon, dissertation de Heidelberg, 1908.

débitrice et leur poursuite s'exerce sans entraves sur les biens d'apport comme sur les biens réservés. Il en sera de même pour les actes illicites, pour les obligations légales qui engageront aussi l'eingebrachtes Gut.

A côté de cette responsabilité objective du bien d'apport qui résulte de la cause de certaines dettes, existe une responsabilité subjective qui découle de la volonté du mari. Le consentement (Zustimmung) du chef du ménage peut être donné par avance sous forme d'Einwilligung ou intervenir plus tard (Genehmigung). Il est susceptible de disparaître par une révocation, par une protestation (Einspruch) qui ne sera opposable aux tiers qu'après avoir été inscrite sur le registre des régimes matrimoniaux.

La séparation de biens permet aux créanciers de l'épouse commerçante d'exercer leur droit de saisie sur le patrimoine de leur débitrice sans avoir à rechercher si le mari a consenti ou n'a pas consenti à l'exploitation commerciale. Alors même qu'en fait le mari aurait été à la tête de l'administration de l'entreprise, en droit il demeurerait le mandataire de l'épouse qui serait toujours seule responsable.

Sous les régimes de communauté, le Code de commerce de 1861 (art. 8, al. 2) consacrait d'une façon formelle la responsabilité du patrimoine commun pour les obligations de la commerçante et laissait aux lois particulières le soin de déterminer la situation des biens personnels du mari. Aucune disposition de ce genre ne se retrouve dans le texte nouveau. Mais les commentateurs s'accordent généralement pour admettre, outre la responsabilité des biens réservés, celle du patrimoine commun et des biens du mari, toutes les fois que les apports sont engagés sous le régime légal par les obligations de la commerçante.

§ 3. — Actions en justice.

La capacité entière qui est reconnue à l'épouse commerçante et qui lui permet de passer des actes juridiques et d'assumer des obligations a pour corollaire nécessaire la liberté d'agir en justice. Le C.P.O consacre cette conséquence dans son article 52 : la capacité d'agir en justice (Prozessfähigkeit) d'une femme n'est pas affaiblie par le fait que cette femme est mariée.

Mais si, lorsqu'il est question du Vorbehaltsgut, l'épouse a toute liberté pour défendre les prérogatives qui lui sont contestées, il en est autrement lorsqu'il s'agit des biens d'apport. Pour réclamer devant les tribunaux un droit appartenant à l'eingebrachtes Gut, l'autorisation du mari est nécessairement requise. Cependant le consentement à l'entreprise commerciale entraîne avec lui l'autorisation pour toutes les contestations que le commerce peut faire naître.

Lorsque la commerçante est défenderesse (Passivprozess), pour que le jugement soit exécutoire sur les biens d'apport, il n'est pas besoin de l'autorisation du mari ; cette hypothèse n'est pas visée par le paragraphe 1400 du B.G.B.

Du reste, lorsque l'épouse exerce d'une façon indépendante une entreprise lucrative, l'article 741 du Code de procédure civile soumet à l'exécution forcée des créanciers de la femme non seulement le pécule, mais encore le bien d'apport. Le mari ne pourrait dégager la responsabilité du patrimoine d'apport que si, au moment où l'instance était intentée, il avait fait inscrire sur le registre matrimonial, soit sa protestation contre l'exercice indépendant de l'exploitation, soit la révocation de son autorisation.

SECTION III. — **La cessation de l'exploitation commerciale.**

La fin du négoce peut coïncider dans le temps avec l'extinction du régime matrimonial : c'est notamment ce qui arrivera au cas de mort de la femme. Mais le plus souvent les deux événements se produiront à des dates différentes. Tantôt la maison de commerce disparaîtra la première : la femme se retirera des affaires, elle sera déclarée en faillite. Tantôt au contraire l'établissement survivra aux rapports pécuniaires établis entre les époux, soit que le mari ait divorcé, soit qu'il y ait eu suppression de la communauté de vie conjugale, soit qu'un pacte matrimonial ait admis la séparation de biens.

La fin du régime matrimonial (1) n'entraîne généralement pas de grandes complexités pratiques, lorsqu'elle se produit seule. Les articles 1421 à 1425 du B. G. B. règlent la situation. Le mari doit restituer le bien d'apport à la femme et lui rendre compte de son administration. L'obligation de restitution porte sur le capital, non sur les fruits dont le mari a légitimement profité. La femme doit justifier de l'état et de la consistance des choses apportées.

La seule question qui doive être étudiée ici avec quelque soin est celle de la *faillite* (2) *de la femme commerçante* ; tous les autres problèmes rentrent en effet dans le droit civil et nécessiteraient un commentaire de tout le droit de famille du B. G. B.

La solution est d'autant plus difficile à déterminer que le législateur ne s'en est occupé ni dans le Code civil de 1896,

(1) Cf. pour plus de détails Schmidt et Habicht, *op. cit.*, t. I, p. 314 et seq. ; Planck, *op. cit.*, t. IV, p. 174.

(2) Cf. Simon, *Dissertation précitée*, p. 38.

ni dans l'Ordonnance des faillites (1). Il y a donc une lacune qu'il appartient à l'interprète de combler.

Le patrimoine de la femme mariée commerçante se divise le plus souvent en deux éléments : l'un, produit par le travail de l'épouse, appartient au Vorbehaltsgut ; l'autre, apporté par la femme au moment de son mariage, se trouve soumis aux droits du mari et fait partie de l'eingebrachtes Gut. Mais cette séparation théorique, si elle est capable de produire quelque effet dans les relations des deux conjoints, est étrangère aux rapports de la commerçante et des tiers qui entrent en relations avec elle. Parmi les créanciers de l'épouse, les uns pourront, selon les distinctions que nous avons établies plus haut, exercer leur droit de poursuite contre le patrimoine entier de leur débitrice ; les autres au contraire seront tenus de se limiter au Vorbehaltsgut.

Immédiatement se pose une difficulté : *l'insolvabilité* (Zahlungsunfähigkeit), qui est la condition essentielle de la faillite (K. O. 102), existera-t-elle, dès que le pécule sera insuffisant pour désintéresser les créanciers qui n'ont de droits que sur cette masse de biens ? Ou sera-t-il nécessaire que les créanciers qui ont pour gage la totalité du patrimoine de leur débiteur ne soient pas payés ? La seconde solution est évidemment celle du législateur : l'article 102 parle de l'insolvabilité du débiteur, sans faire aucune distinction, et cette insolvabilité n'est réalisée que si l'actif du patrimoine considéré comme un tout (2) est inférieur au passif.

A cette condition matérielle de l'ouverture de la faillite vient s'ajouter une condition formelle ; il faut que la faillite soit *demandée par le débiteur ou par un créancier* (Kon-

(1) Loi du 10 février 1877, modifiée le 17 mai 1898.
(2) Simon, *op. cit.*, p. 39.

kursglaübiger). Quel sera le patrimoine qui formera la masse ? D'après l'article 1 du K. O., c'est l'ensemble des biens saisissables qui sont la propriété du débiteur au jour de l'ouverture de la faillite. Sans aucune difficulté, les biens réservés de l'épouse rentrent dans cette définition. Au contraire, le patrimoine d'apport, s'il est la propriété de l'épouse, est soumis sous le régime légal à l'administration et à la jouissance du mari. Un conflit surgit entre deux textes : l'article 1373 attribue au mari le droit de se mettre en possession de l'eingebrachtes Gut ; l'article 117, K. O., reconnaît les mêmes prérogatives et les mêmes obligations au syndic. A qui donner la préférence ? Les auteurs (1) sont généralement d'accord pour laisser subsister les droits du mari même après la faillite. Les pouvoirs du syndic ne s'exercent librement que sur les biens réservés ; au contraire pour les biens d'apport, même si l'administrateur de la faillite en a pris possession, le mari peut les distraire (Aussonderungsrecht), soit que le syndic y consente, soit qu'il intente à cet effet une action.

Un problème beaucoup plus complexe se pose lorsqu'il s'agit de répartir en pratique l'actif de la faillite entre les différents créanciers que nous nommerons, pour plus de brièveté, les créanciers du pécule (Vorbehaltsgläubiger) et les créanciers du tout (Vollgläubiger). Les systèmes les plus divers se sont fait jour et ils doivent être étudiés à la fois pour l'intérêt théorique qu'ils présentent et pour l'influence qu'ils pourraient exercer sur une réforme de la législation française.

Seuffert (2) et Jäger (3) réclament dans notre hypothèse

(1) Cf. Planck, *op. cit.*, t. IV, p.197 ; Jäger, *die K. O. auf der Grundlage des neuen Reichsrechts*, Berlin, 1905, p. 41.

(2) *Deutsche Juristen Zeitung*, t. III, p. 119 et 120.

(3) *Op. cit.*, p. 40.

une dualité de faillites : il y aurait d'une part la masse des biens réservés sur laquelle tous les créanciers auraient le droit d'exercer leur poursuite ; d'autre part le bien d'apport formerait un patrimoine spécial qui serait affecté aux Vollgläubiger.

Par exemple, l'actif des biens réservés s'élève à 10.000 marks, celui des biens d'apport à 35.000 ; les dettes du pécule sont de 12.000 marks, celles du patrimoine apporté au mari de 38.000. En appliquant le système de Seuffert et de Jäger, on se trouve en présence de deux faillites qui doivent avoir une solution séparée.

Faillite du pécule.

L'actif est de . . . . . 10.000 francs
Le passif se compose à la fois des dettes
du pécule . . . . . 12.000 »
et des dettes du tout . . . . . 38.000 »

Le rapport de l'actif au passif est de 20 0/0 et les créances seront satisfaites dans cette proportion. Les créanciers du pécule toucheront 2.400 francs ; ceux du tout obtiendront 7.000 francs ; mais, alors que les premiers n'ont plus aucune réclamation à formuler, les seconds participent pour le montant non payé de leurs créances à la seconde faillite.

Faillite du bien d'apport.

L'actif est de . . . . . 35.000 francs
Le passif qui subsiste encore est de . . . 30 400 »

Il en résulte que les Vollgläubiger seront entièrement satisfaits, alors que les Vorbehaltsgläubiger n'auront été remplis que du cinquième de leurs droits.

Cette conception, qui au premier abord contredit l'équité, est de plus contraire à la fois aux principes juridiques et

aux intentions du législateur. Lors de la discussion de la novelle du 17 mai 1898, elle fut très nettement repoussée. C'est que la faillite repose sur l'idée qu'il y a un seul débiteur et que la satisfaction de tous les créanciers doit être réclamée sur tout le patrimoine. C'est ajouter à la loi que de créer un véritable privilège au profit de ces créanciers du tout qui interviennent dans les deux partages. Les créanciers du pécule en effet ont un droit sur l'intégralité du patrimoine de leur débitrice, et c'est seulement l'exercice de ce droit qui est paralysé par la jouissance et l'administration du mari.

Planck, à la différence des auteurs que nous venons de citer, se prononce pour l'unité de la procédure ; mais, à l'intérieur de cette faillite unique, il forme encore deux masses, l'une comprenant le pécule, l'autre composée des apports. C'est d'abord et principalement sur la seconde masse que les Vollgläubiger font valoir leurs droits, et c'est seulement d'une façon subsidiaire et pour la partie non payée de leurs créances qu'ils se retournent contre le pécule.

Si nous reprenons l'hypothèse précédemment envisagée et si nous suivons les règles formulées par Planck et aussi par Schmidt et Habicht, nous aboutissons aux résultats suivants : les créanciers du tout se partagent le bien d'apport et obtiennent environ 92 0/0 de leurs créances. Pour les 3.000 francs qui leur manquent (Ausfallforderungen), ils viennent concourir sur le pécule.

L'actif est de . . . . . 10.000 francs.

Le passif du pécule, plus l'excédent du passif d'apport, est de . . . . . 15.000 francs.

La proportion est d'environ 66 0/0. — Les Vorbehaltsgläubiger ont 8.000 marks, c'est-à-dire 66 0/0 de leurs

créances, les Vollgläubiger reçoivent 35.000+2.000, soit 37.000 marks ou les 97 0/0 de leurs droits.

Ici encore l'inégalité est flagrante. D'autre part l'article 4 de la K. O. s'oppose formellement à ce qu'on affecte certaines parties de la masse commune à la satisfaction exclusive d'un groupe de c éanciers. Il faudrait pour autoriser une dérogation aux règles générales un texte particulier, et ce texte n'existe pas.

Une autre répartition, plus conforme à l'équité, est proposée par Schrœder. Elle part de deux grands principes : le patrimoine de la débitrice doit être envisagé comme une unité économique et ne doit pas être arbitrairement scindé. L'égalité entre les créanciers est une règle fondamentale. L'éminent professeur en conclut qu'il y a lieu de réunir en une seule masse d'une part toutes les créances et d'autre part toutes les dettes : le rapport entre l'actif et le passif est alors, dans l'exemple choisi, de 90 0/0. Ces 90 0/0 seront répartis proportionnellement sur le pécule et sur le bien d'apport : 20 0/0 sur le premier qui est de 10.000 marks, 70 0/0 sur le second qui est de 35.000 marks.

Les Vorbehaltsgläubiger pourront réclamer immédiatement sur les biens réservés 2.400 marks et sur les biens d'apport, après la cessation des droits du mari, 8.400 marks ; les Vollgläubiger obtiendront immédiatement 7.600 marks sur le pécule et 26.600 marks sur le bien d'apport.

Cette solution s'impose avec d'autant plus de force que la valeur du pécule (1) est plus faible. Dans ce cas, en effet, les théories de Jäger et Planck conduisent à des résultats inacceptables en pratique et en justice.

Sous les régimes conventionnels, la question de la fail-

(1) Schröder, *Das cheliche Güterrecht nach dem*, B.G.B., p. 39 et 40 et Simon, *op. cit.*, p. 46 et seq.

lite de l'épouse est susceptible de se poser bien plus rarement, et nous l'envisagerons très rapidement.

S'il y a *séparation de biens*, l'intégralité du patrimoine de l'épouse se trouve soumise à la faillite. En effet, sous ce régime, le mari ne possède aucune prérogative sur les biens de sa femme ; la procédure se déroulera sans aucune particularité, absolument comme s'il s'agissait de la faillite du mari.

Sous les régimes communautaires, tant que la communauté subsiste, l'article 2 de la K. O. déclare que la faillite de la femme n'exerce aucune influence sur les biens communs. Ce n'est qu'à la dissolution du régime que la part attribuée à l'épouse rentrera dans le gage général de ses créanciers (860, C. P. O.).

Sous la communauté universelle (1), alors même que le mari s'est engagé solidairement avec l'épouse, le Gesamtgut demeure en dehors de la faillite de la femme et le Vorbehaltsgut y est seul exposé. Il est vrai que les créanciers conservent la faculté d'exercer leurs poursuites contre le mari lui-même.

Sous la communauté d'acquêts, sous la communauté de meubles et acquêts, les biens d'apport ont la même condition juridique que sous le régime légal ; les controverses que nous avons exposées plus haut se reproduisent et leur solution doit être la même.

(1) Cf. Simon, Dissertation Heidelberg, 1908, p. 48 et 49.

CHAPITRE III

LA FEMME MARIÉE COMMERÇANTE ET LA LOI DU 13 JUILLET 1907.

Ce n'est pas seulement dans la classe ouvrière que le travail indépendant de l'épouse est arrivé avec le XX^e^ siècle à un développement considérable. La petite bourgeoisie dont les revenus diminuent de plus en plus, tant par l'abaissement du taux de l'intérêt et les conversions nombreuses de la rente que par l'élévation des impôts qui la grèvent, la petite bourgeoisie tend elle aussi à rechercher chaque jour davantage une occupation lucrative. Les carrières libérales paraissent à la femme de ce milieu social trop encombrées et trop pénibles à atteindre ; l'usine la repousse plus qu'elle ne l'attire ; l'exercice d'un petit commerce, plus accessible que les premières, mieux considéré que la seconde, est souvent la lution préférée (1).

Nous trouvons la confirmation pratique de ces idées dans une lettre de M. de Renty, juge de paix à Roubaix, qui

(1) Ces causes spéciales, ajoutées aux causes générales signalées plus haut, nous permettent de comprendre la progression du nombre des commerçantes que nous avons signalée dans notre introduction (en 1896, 571.079 femmes employées dans le commerce dont 171.390 chefs d'établissement ; en 1901, 689.999 commerçantes parmi lesquelles 227.853 chefs d'établissement. La proportion des femmes mariées dans la population féminine totale s'élève ici d'une façon considérable et atteint 81,17 0/0. Cf. Résultats statistiques du recensement du 24 mars 1901, t. IV, *passim*).

s'exprime en ces termes, le 15 octobre 1909 : « Il y a ici beaucoup de femmes mariées faisant un commerce spécial en dehors du mari qui travaille à l'usine. Il y a des commerces peu importants, mais il y en a d'autres aussi où la femme gagne beaucoup, où elle a des ouvrières et une clientèle personnelle. » C'est donc un problème extrêmement important que celui de savoir si la loi du 13 juillet 1907 étend son champ d'action aux femmes commerçantes et cette question préjudicielle doit naturellement être résolue avant d'entrer dans le fond du sujet.

Lors de la discussion à la Société d'Etudes législatives, M. Thaller s'était très nettement prononcé pour l'exclusion des commerçantes. S'appuyant sur les difficultés pratiques de la thèse opposée, l'éminent professeur avait mis en relief toutes les différences qui séparent la commerçante de l'ouvrière. La première utilise un capital qui est une valeur de communauté ; elle vit dans un milieu social plus relevé ; elle a moins de chances d'être exposée aux brutalités de son seigneur et maître. La seconde au contraire ne dispose que de sa force de travail qui lui est éminemment personnelle ; elle est souvent mal mariée et elle risque d'être abandonnée par son mari. De ces différences dans les faits, M. Thaller conclut à une distinction dans la réglementation juridique : « La commission (1) qui sera saisie d'un projet définitif fera donc bien d'écarter tout ce qui concerne la femme commerçante. Et j'en dirai autant de la femme exerçant un métier ou un art manuel du moment qu'elle opère à son compte. J'écarterais même la femme auteur ou artiste ou occupant une fonction de théâtre pour laquelle la condition plus ou

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1901, p. 122.

moins onéreuse d'une mise de fonds nous met toujours en face des mêmes difficultés pratiques. »

Cette conception restrictive a été écartée par les projets législatifs postérieurs et par la loi elle-même (1). Les travaux préparatoires sont formels à cet égard : la généralité des termes employés, la netteté des buts poursuivis manifestent clairement la volonté du législateur. M. Guillier, dans son rapport au Sénat, mentionne expressément les commerçantes et M. Viollette reconnaît à la Chambre que c'est au sens le plus large que la loi doit être appliquée.

L'extension, admise par la loi positive, mérite du reste d'être consacrée au point de vue des principes. Une difficulté d'arithmétique ne peut pas et ne doit pas arrêter une réforme légitime. Or le mari dont l'épouse dirige un petit commerce n'est pas exempt des fautes dont se rend coupable l'ouvrier ; il sera très souvent un employé, et, si les mêmes abus sont susceptibles de se produire, il est équitable que les mêmes remèdes soient ordonnés.

Le législateur ne doit pas faire de lois de classes, car, à vrai dire, il n'existe pas de classes sociales profondément séparées : de l'une à l'autre s'échelonne toute une série de types intermédiaires que l'analyse théorique a trop souvent le tort de négliger. La loi du 13 juillet 1907, loin d'être étrangère à l'épouse commerçante, pénètre intimement sa condition juridique, et c'est cette influence que nous devons suivre, au moment où naît l'exploitation commerciale, pendant sa vie et à l'heure de sa mort.

(1) Cf. notamment Bernard et Bonnecase, *loc. cit.*, p. 5 et 6.

SECTION I. — La création du fonds de commerce.

§ 1. — La femme est seule titulaire.

Fonder un établissement commercial, c'est devenir propriétaire ou locataire d'un immeuble où se poursuivra l'exploitation, c'est installer un magasin et acheter des marchandises. Or l'épouse, d'après la loi de 1907, a pleine capacité pour procéder à ces différents actes, pour employer les produits de son travail personnel à acquitter le loyer d'une maison ou à payer le prix d'un matériel. Dans ces conditions, n'est-on pas en droit de conclure que, toutes les fois que l'épouse n'a fait appel qu'à son patrimoine réservé pour créer un fonds de commerce, l'ancienne autorisation du mari cesse d'être nécessaire ?

Cette déduction s'imposerait si la loi du 13 juillet 1907 se suffisait à elle-même. Mais le texte nouveau n'est qu'une dérogation au droit antérieur et il doit à ce titre recevoir une interprétation restrictive. Il confère à la femme mariée certains droits sur les produits de son travail ; il étend les pouvoirs sur les biens, mais il laisse en dehors de sa sphère d'action la capacité de la personne. Ce sont toujours les principes généraux du Code civil et du Code de commerce qui régissent la situation personnelle de l'épouse ; et, à notre avis, le fait par la femme mariée de se livrer à une profession distincte se rattache plus étroitement à la question des rapports entre les conjoints qu'à celle des relations entre leurs patrimoines. « Il y a dans l'exercice du commerce (1) quelque chose de plus qu'une mise en œuvre de pouvoirs sur une certaine catégorie de biens ; il y a l'exer-

(1) Bernard et Bonnecase, *loc. cit.*, p. 13.

cice d'une profession, c'est-à-dire un détournement de l'activité dans une seule direction, au détriment, peut-être, des soins à donner au ménage, une mise en rapports directs et constants avec le public ; il y a aussi la menace d'une faillite ».

Il résulte de ces considérations qu'aujourd'hui comme par le passé le négoce entrepris en dehors du consentement exprès ou tacite du mari ne saurait engendrer des conséquences juridiques régulières : le mari, la femme, leurs héritiers pourraient réclamer la nullité des actes réalisés dans la gestion du commerce. Les tiers hésiteraient à traiter, et l'épouse non autorisée serait, en fait et en droit, privée de tout crédit (1).

§ 2. — L'épouse veut s'associer.

Le pécule peut être trop faible pour donner à l'exploitation commerciale toute l'importance désirable : la femme va songer à augmenter ses propres ressources en contractant une société commerciale soit avec un tiers, soit avec son mari. Comme elle désire à la fois employer son activité et faire fructifier ses économies, elle aura recours à une société de personnes et non à une société de capitaux ; elle formera une société en nom collectif ou une société en commandite.

Pour s'associer *à un tiers*, il faut disposer (2) de la même

(1) La théorie que nous avons exposée plus haut sur la possibilité pour l'époux qui possède des biens personnels de s'adresser à la justice au cas de refus de l'autorisation maritale reçoit de la loi du 13 juillet 1907 une extension considérable : elle trouve désormais à s'appliquer toutes les fois que la femme mariée, avant de commencer son exploitation commerciale, a exercé une activité indépendante et constitué un pécule.

(2) Cf. Thaller et Pic, *op. cit.*, p. 481 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 4e éd., p. 77 et seq.

capacité que pour exercer un commerce individuel. L'autorisation spéciale du mari sera par suite indispensable, sans qu'il y ait à se préoccuper du régime matrimonial adopté par les conjoints. M. Pichon avait proposé d'écarter la nécessité de l'autorisation toutes les fois que la société était contractée à durée indéterminée : chaque associé peut alors, conformément à l'article 1869 du Code civil, provoquer la dissolution de la société en notifiant sa renonciation à tous les associés. Le droit conféré au mari par l'article 2 de la loi nouvelle est ainsi respecté, et la possibilité d'une opposition postérieure rend inutile une autorisation préalable.

Cette thèse très ingénieuse ne nous paraît pas devoir être admise pour un double motif. D'une part la femme a le droit de disposer de son pécule d'une façon irrévocable (1) par apport en société aussi bien que par vente ou par tout autre acte à titre onéreux. L'abus, pour entraîner le retrait des pouvoirs conférés par la loi de 1907, doit s'être produit au moment où l'action est intentée ; il ne suffit pas qu'il soit à redouter. D'autre part, les principes généraux sur la capacité requise pour contracter une société commerciale n'ont pas été atteints par la loi nouvelle et ils subsistent dans leur intégralité.

Que décider lorsque la femme veut former une société *avec son mari* ? Est-ce qu'après comme avant le texte du 13 juillet, l'antique prohibition de la jurisprudence est appelée à subsister dans son intégralité et dans son intransigeance. Beaucoup d'auteurs le pensent, et ils invoquent en ce sens deux arguments, l'un de fait et l'autre de droit.

En fait, disent-ils, la solution des arrêts n'est pas si mauvaise qu'on le prétend : elle assure aux sociétés prospères

(1) Bernard et Bonnecase, *loc. cit.*, p. 11.

une vie tranquille, et la dissolution conforme aux clauses du pacte social ne distingue presque pas ces sociétés nulles des sociétés valables.

En droit, la jurisprudence n'a pas fait fléchir ses théories lorsque les époux étaient séparés de biens ; or l'article 1er du texte nouveau renvoie à l'article 1449 du Code civil et les arrêts interpréteront celui-là dans l'avenir comme ils ont compris celui-ci dans le passé.

Nous n'admettons pas ce point de vue. Tout d'abord, comme le remarque M. Hémard (1), « les sociétés entre époux sont à la merci de tout intéressé, ce qui, en rendant incertain le lendemain, peut entraver le développement des affaires sociales ». Des adversaires auront là un moyen facile d'arrêter une concurrence dangereuse ; des agents d'affaires ayant découvert le vice caché qui menace l'existence de la société, se feront payer leur silence.

L'argument par analogie tiré de la séparation de biens provient, comme nous l'avons déjà montré (2), d'une simple erreur de rédaction. Le contraste est frappant entre la femme séparée de biens, limitée dans sa capacité aux besoins de l'administration de son patrimoine, et la commerçante qui a sur son pécule tous les droits de disposition à titre onéreux.

D'autre part les anciennes critiques formulées contre la thèse jurisprudentielle subsistent (2) et elles reçoivent même de la loi de 1907 une vigueur toute nouvelle. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne doit pas être entendu d'une façon trop rigoureuse : il ne signifie pas que tout contrat doit être interdit entre époux, et le Code lui-même, dans ses articles 1096 et 1577, prévoit expressé-

(1) Note précitée.

(2) Cf. notamment Thaller et Pic, *op. cit.*, p. 550 à 555 et Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, p. 78.

ment la donation et le mandat entre conjoints. La prohibition de la vente est une exception qui ne peut servir de point de départ à un argument par analogie : la vente déplace un élément de fortune sans qu'il en résulte aucun profit pour l'association conjugale ; la société aboutit au contraire à une collaboration active qui tend à améliorer la situation des deux époux. Enfin la vieille idée qui absorbait la personnalité de l'épouse dans celle du mari et qui était un des arguments les plus sérieux contre la validité des sociétés entre époux a été fortement atteinte par la loi du 13 juillet 1907. L'autorité du mari n'est en rien compromise puisque son consentement est nécessaire à la formation de la société ; la femme n'est plus une inférieure, et il est naturel et légitime que les deux conjoints poursuivent en commun un but déterminé avec l'intention de réaliser des bénéfices. Dès lors que la société ne contiendra pas une partie trop considérable des biens que le régime matrimonial avait soumis à la séparation de biens ou attribué à la jouissance du mari, dès lors que les statuts ne donneront pas à l'épouse un pouvoir de direction incompatible avec l'autorité maritale, dès lors qu'aucune fraude n'aura inspiré la conclusion du pacte social, la société entre époux méritera de vivre sous la protection légale et de réaliser, sans entraves, la fin qu'elle s'est proposée.

SECTION II. — L'exploitation du fonds de commerce.

La vie commerciale se manifeste, nous l'avons déjà indiqué, par des actes juridiques nombreux : elle engendre à

(1) En 1908, sont intervenues 253 donations entre époux, dont 135 par contrat de mariage et 120 hors contrat, portant ensemble sur une valeur de 1.586.653 francs.

chaque instant des rapports d'obligation, elle entraîne des créances au profit de la commerçante, elle crée des obligations à sa charge. Ce sont ces conséquences variées de l'activité de l'épouse que nous devons envisager successivement, en distinguant les divers régimes matrimoniaux et en insistant spécialement sur les régimes communautaires les plus fréquents en pratique.

§ 1. — Les régimes de communauté.

A. — *Bénéfices réalisés.* — Le but de toute entreprise commerciale, qu'elle soit conduite par un individu ou par une société, est de réaliser un gain. Ce gain, obtenu dans le négoce, se distingue du salaire, payé à l'usine, par sa nature mixte : c'est en partie la rémunération du travail fourni par la commerçante, mais c'est aussi le profit du capital engagé dans l'exploitation. Ces deux éléments sont le plus souvent distincts par leur origine : si le premier est toujours créé par l'épouse, le second provient au contraire souvent d'une personne étrangère à l'entreprise. Sa condition juridique ne doit-elle pas varier suivant la qualité du patrimoine qui le fournit ?

Une première hypothèse ne présente aucune difficulté : la femme mariée commerçante a fondé son établissement *à l'aide de son pécule*. C'est une ouvrière en modes qui emploie ses appointements à acheter un petit fonds de modiste ; c'est une domestique qui affecte les économies réalisées sur ses gages à l'acquisition d'une modeste épicerie. Dans ces espèces, si l'autorisation maritale demeure nécessaire au début, l'épouse une fois habilitée jouit d'une grande liberté : elle a pleins pouvoirs pour disposer de ses bénéfices même en dehors de son négoce, sauf le droit pour le mari d'invoquer l'article 2 de la loi du 13 juillet 1907 ; elle

n'a pas besoin d'une autorisation spéciale pour ester en justice dans toutes les contestations qui ont trait à son pécule, c'est-à-dire à son commerce.

L'épouse qui réussit dans son exploitation est désireuse de l'étendre : elle veut agrandir son magasin, accroître ses réserves de marchandises, peut-être créer une succursale. Elle a besoin, pour atteindre son but, de capitaux nouveaux et deux moyens s'offrent à elle pour se les procurer. L'un que nous avons précédemment étudié consiste à former une *société* avec un tiers ; mais l'autorisation maritale est nécessaire et, si la femme escompte réaliser des bénéfices considérables, elle se souciera peu d'en abandonner le quart ou la moitié à un étranger. Soit qu'elle n'ait pas la certitude d'obtenir l'adhésion de son mari, soit qu'elle préfère ne pas avoir d'associé, elle fera usage du second procédé et elle s'adressera à un tiers qui lui *prêtera* l'argent qu'elle désire.

Le problème demeure simple : le taux de l'intérêt est fixé par la convention des parties ; il varie naturellement selon l'activité de l'emprunteuse, selon sa solvabilité et son crédit. Mais la part du capital dans les bénéfices de l'entreprise se trouve déterminée d'une façon certaine et, une fois que les intérêts stipulés auront été payés, l'intégralité des gains sera soumise au régime de la loi de 1907.

Malheureusement, si ces hypothèses sont excessivement claires au point de vue théorique, elles ne se présentent que très rarement dans les faits. Presque toujours l'épouse, avant de faire appel à des ressources étrangères, pense à employer sa fortune personnelle ou celle de son mari. Le capital qui permettra à la femme d'exercer son négoce ou son industrie peut provenir alors de trois sources : il est fourni par le *patrimoine propre de la femme*, ce qui se produira assez fréquemment sous le régime de la commu-

nauté d'acquêts ; il est pris sur les *biens communs*, il fait partie de la *fortune personnelle du mari*. Ce sont ces trois hypothèses qu'il nous faut reprendre avec quelque soin pour fixer le sort de la part des bénéfices afférente au capital et pour déterminer la condition de ce capital lui-même.

La question est particulièrement délicate parce que dans tous ces cas un conflit de même nature s'élève entre deux droits aussi respectables l'un que l'autre : l'épouse doit recevoir à titre de bien réservé tout ce qui, dans les *gains réalisés*, revient à son labeur personnel ; le mari peut prétendre conserver les droits d'administration et de jouissance que la loi lui reconnaît sur les propres de sa femme et ne pas être dépouillé des pouvoirs très étendus de disposition qui lui sont concédés par le législateur à la fois sur ses biens propres et sur le patrimoine de la communauté.

Un premier système résout la difficulté en admettant qu'*une ventilation est nécessaire*. Il appartient au juge de faire après ce que les parties auraient dû établir avant et d'attribuer à chaque patrimoine la part légitime qui lui est due. Cette conception est formulée par M. Saleilles (1) dans les termes suivants : sont biens réservés les bénéfices retirés par la femme d'un commerce exercé avec des fonds dont elle a la libre disposition ou, s'il s'agit de fonds mis à sa disposition par le mari ou par la communauté, ces mêmes bénéfices, défalcation faite de la part correspondant aux fonds qui lui ont été fournis.

A en croire ses partisans, cette théorie est la seule possible, car elle est imposée à la fois par les travaux préparatoires et par les règles de l'équité. Tout d'abord elle traduit le vœu du législateur. Alors que l'article 2 de la

(1) Article 1, § 3, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1901, p. 205.

proposition Gourju faisait entrer dans le pécule tous les bénéfices commerciaux réalisés par la femme (1), sans se préoccuper de l'origine des capitaux engagés, le texte définitif ne contient aucune disposition semblable, et n'avoir pas reproduit cette règle si clairement formulée, c'est évidemment avoir voulu la supprimer. « Il semble bien que les travaux préparatoires ne nous donnent pas d'indications sur ce point. » M. Guillier, dans son rapport au Sénat (2), s'exprime ainsi : « Dans les bénéfices commerciaux, comment faire la part du capital engagé et celle du travail ? C'est pourquoi nous mettons les gains réalisés dans l'exploitation d'un fonds industriel ou de commerce sur la même ligne que les salaires proprement dits, et nous les englobons tous dans l'expression générale, les produits de son travail personnel, qui s'appliquera indistinctement à tout ce que la femme pourra gagner en travaillant. Cette solution nous paraît s'imposer avec d'autant plus de force que le plus souvent c'est avec ses propres économies que la femme monte un petit commerce. »

La conclusion qu'on tire de ce passage est la suivante : le législateur n'a eu en vue qu'une seule hypothèse, celle où le commerce est uniquement alimenté par le pécule. En dehors de cette hypothèse, il n'a posé aucune règle ; il en résulte que l'interprète demeure libre et qu'il peut choisir la solution qui lui plaît le mieux. Or les vieux principes du Code de 1804 subsistent toujours ; l'immutabilité des conventions matrimoniales (3) est indispensable à la sécurité des tiers et au crédit des époux. La solution opposée permettrait au mari de mettre tous ses capitaux dans l'entre-

(1) Cf. Bernard et Bonnecase, *loc. cit.*, p. 25 à 28.
(2) *J. off.*, 1907, Sénat, annexe n° 77, p. 9.
(3) Cf. en ce sens : Bernard et Bonnecase, *loc. cit.*, p. 29.

prise de la femme et de frauder ainsi ses créanciers, en leur enlevant leur gage. Les revenus entreraient dans le pécule, et les créanciers ayant traité dans l'intérêt du ménage seraient indignement trompés. Les règles d'ordre public peuvent-elles être ainsi tournées par les conventions des particuliers ? Evidemment non ! Les intérêts du capital frauduleusement majorés sont « susceptibles d'atteindre un chiffre très considérable à raison même de l'importance possible du fonds de commerce et de la longue durée de son exploitation ».

Le principe de la ventilation une fois admis, il reste à en déterminer le fonctionnement pratique. Une solution très simple consisterait à accorder au capital étranger un intérêt de 5 0/0 qui serait versé au mari considéré, tantôt comme administrateur des propres de sa femme ou des biens de la communauté, tantôt comme propriétaire de sa fortune personnelle. Ce versement aurait lieu chaque année après l'inventaire.

Ou bien le mari et la femme seraient considérés comme des associés de fait, le premier ayant fait un apport en argent, la seconde un apport en industrie ; et les bénéfices seraient divisés en deux parts proportionnelles à la valeur respective des deux apports. Il appartiendrait alors au juge de fixer dans chaque espèce particulière l'importance relative des deux facteurs (1). Cette question de répartition ne se posera qu'au jour de la liquidation de la communauté, et cette opération est déjà tellement compliquée par elle-même qu'on ne s'apercevra pas (1) d'une difficulté de plus !

Le système de la ventilation que nous venons d'exposer ne peut pas, à notre avis, être accepté. Il exagère une mé-

(1) *Ibid.*, p. 31.

thode qui doit être restreinte dans de sages limites : sans doute, lorsque le législateur n'a pas prévu une situation juridique que la vie moderne a fait surgir, il est nécessaire et légitime de combler cette lacune par l'activité doctrinale. Mais il ne suffit pas, pour pouvoir édifier librement une construction théorique, que la pensée du législateur ne se soit pas aussi clairement manifestée qu'on aurait pu le désirer. Etendre la faculté de libre recherche scientifique dans toutes les hypothèses où les travaux préparatoires sont un peu confus, ce serait arriver, non pas à interpréter l'œuvre législative, mais à la détruire.

Spécialement, au point de vue qui nous occupe, il est excessif de prétendre que le fait de n'avoir pas retenu le passage précité de la proposition Gourju implique que la loi du 13 juillet 1907 s'est ralliée à la thèse opposée. Le texte est des plus courts, et, tout le monde le reconnaît, il doit être complété dans son application par les discussions législatives qui l'ont précédé.

Or, les paroles de M. Guillier que nous avons citées plus haut nous paraissent exclure toute controverse, et le raisonnement qu'elles traduisent peut se résumer dans les trois idées suivantes : il est à peu près impossible en fait d'établir la part du capital engagé et celle du travail. Il faut donc ne faire aucune distinction. Cette solution n'aura pas de graves inconvénients pratiques puisque le plus souvent c'est avec son pécule que la femme devient commerçante. Ceci implique certainement que la solution est la même dans les cas exceptionnels où les capitaux sont fournis par le mari ou par la communauté.

Nous trouvons la confirmation de cette interprétation dans une lettre que nous a écrite le 5 novembre 1908 M. le sénateur Guillier. « Déjà, nous dit-il, on a critiqué les dis

positions relatives au commerce dirigé par la femme. On craint qu'elles ne servent à favoriser des fraudes, le mari pouvant emprunter et faire passer à sa femme, qui l'utilisera dans son négoce,le produit de ses emprunts. » Or, pour que ces fraudes soient possibles, pour que les prêteurs se voient frustrés, il faut naturellement que le profit du capital suive le même sort que le produit du travail et que le premier fasse, comme le second, partie du patrimoine réservé. Il y a là un argument d'une grande force qui nous permet de conclure avec certitude que *la loi de* 1907 *interdit toute distinction* et que les bénéfices tout entiers, en dehors de conventions particulières, tombent dans le pécule, quelle que soit l'origine des capitaux engagés.

Si telle est la solution légale, il nous reste à rechercher comment elle peut se justifier ou tout au moins s'expliquer. C'est qu'il est plus commode de poser un principe rationnel que de le réaliser dans les faits ; la pratique a des complexités que la théorie ne connaît pas. Il est illusoire de chercher un critérium certain qui sépare dans la masse globale des gains obtenus ce qui appartient au capital et ce qui est dû au travail. Comme le constate en termes excellents M. Thaller (1), « il est absolument impossible de matérialiser le profit réalisé dans des biens qui se sépareraient du fonds d'exploitation lui-même. Il est incorporé dans l'ensemble du capital industriel, dans les marchandises, dans la caisse, dans le compte des banquiers ».

Entre le facteur personnel et le facteur pécuniaire se produisent une pénétration et une action réciproques constantes : l'activité, soutenue par le capital, développe davantage son initiative et sa fécondité ; l'argent, à son tour,

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1901, p. 122.

vivifié par le travail, devient plus productif. Comment le juge pourrait-il, dans de telles conditions, déterminer d'une façon forfaitaire et immuable l'intérêt qui doit être servi au capital engagé ? L'intervention de justice serait nécessaire à la fin de chaque exercice ; des contestations incessantes viendraient paralyser l'activité économique de l'épouse et créer à chaque instant des dissentiments entre les conjoints.

Les travaux préparatoires et les nécessités pratiques nous conduisent donc à ne créer aucune distinction entre les bénéfices résultant de l'exploitation d'un négoce et à soumettre à une réglementation unique les produits du travail et les fruits du capital engagé dans l'entreprise, alors même que ce dernier proviendrait des biens du mari ou du patrimoine de la communauté. Naturellement la règle que nous formulons n'est pas d'ordre public et, du moment où l'épouse conserve sur la part afférente au labeur les droits à elle reconnus par la loi du 13 juillet 1907, la *convention* peut librement régler les rapports de la commerçante et de ses prêteurs. Ce contrat est incontestablement licite, et il est à souhaiter que les notaires, par leurs clauses de style dans les contrats de mariage, arrivent à combler cette lacune de la loi. Au lieu de stipuler pour les capitaux étrangers un taux invariable, il serait préférable à notre avis de déterminer un intérêt fixe assez faible et d'y ajouter une part des gains réalisés chaque année : il y aurait là un prêt avec participation aux bénéfices, et non une société entre époux prohibée par la jurisprudence.

Mais, en dehors d'un pacte spécial, l'épouse a pleine liberté pour disposer de l'intégralité des bénéfices obtenus dans son négoce ; sans s'inquiéter de l'origine des capitaux qui lui ont permis de poursuivre son exploitation, elle a une entière capacité, tant que le retrait de l'article 2 de la loi

nouvelle n'est pas intervenu, pour employer tous ses gains même en dehors du commerce.

Elle peut notamment affecter ses biens réservés à l'achat de parts d'actionnaire ou de commanditaire, sans que le mari puisse le lui interdire ; il est probable,en effet, que la faculté d'opposition reconnue au mari par l'article 2 et soumise au contrôle du juge des référés ne s'exercera que dans de rares hypothèses.

Cette solution que nous avons défendue semble au premier abord contraire à l'équité : n'arrive-t-elle pas à pousser le mari à placer ses économies en dehors de l'entreprise de l'épouse ? Et, si le mari persiste malgré tout à soutenir de son patrimoine le négoce de sa femme, ne s'expose-t-il pas à être dépouillé de l'intérêt de son argent ? N'y a-t-il pas là une cause de discussions continuelles et de procès incessants ? En un mot, l'indépendance économique de l'épouse ne se réalise-t-elle pas au détriment du ménage et des intérêts communs, en faisant subir au mari et à la communauté l'injustice dont la femme a été trop longtemps la victime ?

Nous ne le pensons pas : *les droits du mari*, soit qu'il agisse comme propriétaire de son patrimoine personnel,soit qu'il invoque son titre de représentant de la communauté, ne se trouvent pas sacrifiés. Il lui est possible tout d'abord de *stipuler ou un intérêt fixe, ou une part dans les gains, ou les deux réunis*, au moment où il abandonne des valeurs à la commerçante : il le peut d'autant mieux que son habilitation est absolument nécessaire pour que le négoce soit valablement exercé et qu'il fera dépendre l'obtention de son autorisation de l'acceptation par la femme des conditions qu'il lui propose. Au cours de l'union conjugale, il aura la faculté d'atteindre le même résultat en menaçant, soit de

retirer son autorisation d'après les principes du droit commun, soit de faire usage des pouvoirs à lui conférés par l'article 2 de la loi de 1907.

Par conséquent, si le mari laisse l'épouse commencer ou continuer l'exploitation d'une entreprise commerciale dans laquelle il a placé une partie de ses capitaux, c'est évidemment que ses intérêts n'en souffrent en rien. On ne remarque pas assez généralement que la commerçante qui réalise des bénéfices plus considérables *doit contribuer pour une large part* aux charges du ménage et que son conjoint retrouve ainsi, d'une façon indirecte, mais d'une façon certaine, les intérêts de son patrimoine ou du patrimoine de la communauté. D'autre part les créanciers chirographaires du mari n'ont pas davantage à se plaindre : leur droit ne frappe pas d'indisponibilité les biens de leur débiteur, et les plus respectables d'entre eux, ceux qui ont traité dans l'intérêt du ménage, ne voient pas diminuer leur gage.

Pour que les principes ci-dessus rappelés reçoivent application, il est nécessaire que l'épouse exerce un *commerce séparé de celui de son mari*. La disposition de l'article 5, alinéa 2, du Code de commerce subsiste intacte après la loi nouvelle. En 1807 comme en 1907, le législateur a subordonné l'amélioration de la condition juridique de la femme à son indépendance économique, et le droit n'a protégé que ce que le fait avait déjà consacré. D'après certains auteurs (1), il y aurait là une de ces fissures dont parlait au Sénat M. Maurice Faure, par laquelle toute l'efficacité de la réforme pouvait disparaître. Le mari, en occupant ses moments de loisir dans le négoce, en servant quelques clients au retour de l'atelier ou du bureau, en aidant un

(1) Valéry, *Annales de Droit commercial*, 1907, *op. cit.*

peu sa femme dans la comptabilité, n'est-il pas fondé à prétendre qu'il n'y a plus profession distincte et que dès lors la loi du 13 juillet 1907 cesse de protéger l'épouse ?

Le juge réprimera facilement cette fraude en recherchant si l'activité du mari ne s'exerce pas principalement en dehors du négoce de la femme. La jurisprudence, nous l'avons établi plus haut, interprète dans un sens libéral la disposition de l'article 5, alinéa 2, du Code de commerce : le fait que son conjoint joue un rôle subalterne dans le magasin n'empêche pas l'épouse d'acquérir la qualité de commerçante, de supporter tous les risques et de bénéficier par suite de toutes les prérogatives. Les tribunaux, avant d'appliquer la présomption légale, recherchent donc si dans la réalité l'indépendance de la commerçante existe ; ils emploieront certainement la même méthode dans la question qui nous occupe et ne se laisseront pas arrêter par les apparences. La femme aurait du reste un moyen très simple de prévenir ce danger ; il lui suffirait d'allouer une gratification spéciale au mari pour son concours dans l'exploitation.

B. — *Obligations contractées.* — La seule question importante au point de vue du passif commercial est de savoir si la responsabilité de la communauté et celle du mari demeurent, comme par le passé, engagées par les obligations de l'épouse.

Une première conception admet l'affirmative (1) et invoque à l'appui de ses prétentions de nombreux arguments. En droit, la loi du 13 juillet 1907 apparaît comme une dérogation aux principes généraux et, à ce titre, elle doit être interprétée de la façon la plus restrictive. Toutes les fois

(1) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, n° 37 ; Thaller, *op. cit.*, n° 172 *bis* ; Bernard et Bonnecase, *op. cit.*, p. 33.

qu'elle n'apporte pas en termes précis une exception aux textes du Code civil, la législation antérieure subsiste.

En fait l'équité n'est pas méconnue : même si l'épouse n'affecte à son négoce que des biens réservés, elle opère sur des valeurs de communauté. C'est la communauté qui continue à s'enrichir des bénéfices : elle doit aussi, par voie de réciprocité, s'appauvrir des pertes et être responsable du passif commercial.

Le texte nouveau n'a visé qu'une question de pouvoirs et non une question de capacité. L'autorisation maritale n'a pas été supprimée ; ses anciens effets doivent se produire encore aujourd'hui.

Une seconde conception (1), qui s'inspire davantage de l'esprit de la loi de 1907, décide que les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce sont modifiés par la loi sur le libre salaire. Il ne faut pas oublier que la femme mariée commerçante jouit du privilège de conserver les bénéfices du commerce au cas où elle renonce à la communauté ; et dès lors, l'application du vieil adage *Ubi emolumentum, ibi onus*, conduit à exonérer de toute responsabilité le mari et la communauté.

L'article 3 *in fine* dont l'opinion contraire pourrait tirer un argument *a contrario* vise une autorisation maritale spéciale, et non l'autorisation générale qui est exigée pour l'exercice du négoce. D'autre part, comme le fait remarquer M. Lalou, si on refuse aux créanciers ordinaires du mari et de la communauté une action contre le patrimoine réservé de l'épouse, n'est-il pas injuste de permettre aux créanciers de la femme dont la créance n'a pour cause que la gestion des biens réservés d'exercer leur poursuite sur les biens du mari et sur ceux de la communauté ?

(1) Cf. Valéry, *op. cit.*, et Henri Lalou, *op. cit.*, n° 72.

Cette solution ne supprime pas le crédit de la commerçante : les créanciers entreront en rapport avec elle parce qu'ils savent qu'elle réalise des bénéfices considérables. De plus, une réforme législative pourrait venir leur reconnaître un droit de préférence sur l'actif commercial en raison de la qualité de leurs créances et de l'affectation du patrimoine, alors même que cette masse de biens comprendrait des valeurs appartenant au mari et placées par lui dans le négoce.

En cas de contestation, l'exercice des prérogatives et l'exécution des obligations doivent être poursuivis en justice. Les mêmes controverses se retrouvent à cet égard et alors que les uns exigent dans tous les cas une autorisation spéciale du mari, les autres réclament au contraire la pleine liberté de l'épouse.

§ 2. — Les régimes exclusifs de communauté.

Les modifications réalisées sous ces pactes matrimoniaux ne sont pas aussi importantes que celles qui se sont produites dans les régimes communautaires.

Sous la séparation de biens, la seule différence qui puisse être signalée avec la législation antérieure, c'est que l'épouse pourra désormais disposer à titre onéreux des bénéfices qu'elle aura obtenus, en pleine indépendance, sans être limitée, ni par les besoins de l'administration de son patrimoine, ni par les besoins de l'exploitation de son fonds de commerce. Le principe que nous venons de formuler s'applique également au régime dotal, lorsque l'établissement commercial est demeuré en dehors de la constitution de dot.

Le régime sans communauté et le régime dotal quant aux

biens dotaux se caractérisent, nous l'avons déjà montré, par ce que tout le patrimoine de la femme au premier cas, certains de ses éléments au second, sont soumis à l'administration et à la jouissance du mari. Il était par suite essentiel de déterminer la nature exacte des bénéfices commerciaux, et nous avons étudié, sous la législation de 1807, la controverse qui s'élevait à leur égard. Cette discussion n'a plus de raison d'être aujourd'hui pour tout ce qui concerne les produits du travail de l'épouse qui ont légalement et nécessairement la qualité de biens réservés.

Mais que décider lorsque la femme mariée commerçante exploite son négoce avec des capitaux étrangers à son travail, provenant soit de ses biens dotaux, soit du patrimoine du mari ? La question se pose absolument dans les mêmes termes que sous les régimes communautaires ; elle suscite les mêmes divergences d'opinion entre les interprètes : les uns exigent une ventilation (1) ; les autres (et nous sommes de ceux-là) attribuent au pécule l'intégralité des bénéfices réalisés. Les premiers admettent que le mari sera tenu du passif proportionnellement à la part des revenus qu'il reçoit ; les seconds, lui refusant toute participation aux gains, ne lui imposent aucune contribution aux dettes.

Si l'épouse s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir et qu'elle soit titulaire d'un fonds de commerce, certains auteurs proposent une distinction : la part des bénéfices qui correspond au capital originaire dotal sera frappée de dotalité et touchée par le mari ; au contraire, la part des bénéfices afférente au travail sera régie par la loi du 13 juillet 1907 et touchée par la femme. A mesure que l'exploitation continuera son cours, les gains réalisés serviront à l'ex-

(1) Cf. Bernard et Bonnecase, *op. cit.*, p. 36 et 37.

tension du commerce, et la part originaire sera de plus en plus faible par rapport au tout. « Malgré la constitution universelle de dot, les biens réservés augmenteront sans cesse tandis que les biens dotaux resteront au même point. »

N'y a-t-il pas là un aveu qui condamne les conséquences de la théorie que nous venons d'exposer? Ainsi il arrivera un moment où la valeur représentative du capital de fondation sera minime et où par suite son intérêt sera une quantité tout à fait négligeable. Cependant, pour déterminer avec précision cette valeur et cet intérêt, on ne craindra pas de recourir chaque année à des calculs compliqués qui nécessiteront des frais presque égaux à la somme à payer.

Nous savons du reste qu'il est conforme à la fois aux intentions manifestes des législateurs et aux nécessités certaines de la pratique de n'introduire aucune séparation entre les divers éléments du gain commercial. Dans l'hypothèse que nous examinons comme dans toutes les autres, nous soumettons aux pouvoirs de la femme mariée commerçante le profit du capital et le produit du travail, sans nous occuper plus de l'origine des fonds employés que des modes de manifestation de l'activité.

SECTION III. — La cessation de l'exploitation commerciale.

Notre but, dans cette section, est uniquement d'insister sur les modifications introduites par la loi du 13 juillet 1907 à deux points de vue particulièrement importants, celui des causes et celui des effets de la cessation de l'exploitation commerciale par l'épouse.

La volonté du mari qui, d'après les principes du Code de 1807, était toute puissante aussi bien pour créer le négoce de la femme mariée que pour le supprimer, demeure-t-elle

après la loi de 1907 aussi efficace dans ses conséquences ? Ou au contraire n'est-on pas en droit de prétendre que l'antique pouvoir du mari, sans limites et sans contrôle, est désormais définitivement condamné toutes les fois que l'épouse exerce une activité distincte ?

Pour concilier ces deux dispositions, la seule méthode certaine lorsqu'il s'agit d'interpréter le droit positif consiste à faire à chacune sa part et à lui assigner un champ d'application différent. Le mari peut ne pas juger suffisante la protection de l'article 7 du texte nouveau qui lui permet d'obtenir une contribution aux charges du ménage, proportionnelle aux ressources de sa femme. Il a alors une option entre deux procédés : il a la faculté d'user de l'article 2 et de faire disparaître la capacité spéciale reconnue à l'épouse par la loi du 13 juillet 1907 ; il lui est loisible aussi de révoquer son autorisation.

Si la procédure diffère, si dans une hypothèse l'intervention de justice est requise alors que dans la seconde il suffit d'une simple manifestation de volonté, la conséquence pratique sera toujours la même et aboutira à l'impossibilité pour la commerçante de poursuivre son négoce dans l'avenir. C'est seulement par leurs effets sur le passé que les deux moyens se séparent l'un de l'autre : le second laisse subsister le pécule réservé de l'épouse ; le premier au contraire lui fait perdre son individualité et le confond avec la masse des biens communs.

Il existe encore d'autres hypothèses dans lesquelles *l'exploitation du négoce disparaît avant la fin de la communauté* : ainsi en est-il lorsque l'épouse *se retire du commerce*, soit volontairement après fortune faite, soit nécessairement après *faillite*. Quand les affaires ont été prospères, la commerçante rembourse, soit au mari, soit

aux tiers, les capitaux qui lui avaient été prêtés pour faciliter l'extension de son commerce ; elle conserve sur l'intégralité des bénéfices réalisés tous les droits que lui accorde le texte de 1907 : elle a pleine liberté pour les administrer, pour en jouir, pour en disposer à titre onéreux. Il y a là un accroissement remarquable de la capacité de l'épouse qui se prolonge au delà du temps de son activité économique.

L'hypothèse de la faillite ne donne lieu à aucune difficulté particulière. Nous ne trouvons pas, dans le droit français actuel, de conflit analogue à celui que nous avons étudié en Allemagne : c'est parce qu'en l'absence de l'autorisation maritale la femme mariée est incapable de se livrer au commerce, et les obligations qu'elle contracte sont annulables.

Certains événements entraînent *à la fois la cessation du commerce et la dissolution de la communauté* : c'est ce qui se produit au cas de mort de la femme. A propos de cette hypothèse, nous étudierons avec soin une question très délicate qu'elle fait naître presque toujours : c'est celle de savoir ce que vont devenir les capitaux qui avaient été affectés au négoce par le mari ou par la communauté. Certains auteurs (1) établissent une étroite corrélation entre le sort des capitaux et celui des bénéfices, et ils paraissent faire dépendre d'une façon générale la solution du premier problème de la réponse donnée au second. Il y a là une exagération : sans doute, si on admet que la part des bénéfices afférente au capital est exclue du pécule, il est logique d'en déduire que le capital lui-même ne peut faire partie des biens réservés. Mais on peut très bien se rattacher en ce qui concerne les gains à la thèse que nous avons défendue et accepter pour le capital une situation différente. C'est que les raisons

(1) Cf. Bernard et Bonnecase, *op. cit.*, p. 32.

pratiques précédemment énoncées ne se retrouvent plus, lorsqu'il s'agit pour le bailleur de fonds d'effectuer la reprise de son apport : la ventilation qui est alors nécessaire ne présente aucune difficulté sérieuse.

D'autre part, au point de vue théorique, nous ne retrouvons pas dans nos lois françaises de dispositions analogues à celle des travaux préparatoires de l'article 1366 du Code civil allemand ou à celle de l'article 190 de la loi suisse. Le seul fait d'affecter un capital à une entreprise ne peut suffire pour porter atteinte aux droits des tiers. Les créanciers personnels du mari conservent leurs droits sur cette portion du patrimoine de leur débiteur. « Les capitaux (1) ne changent pas de condition juridique ; ils sont seulement pour la femme l'occasion de tourner son activité vers le commerce et d'en retirer des bénéfices personnels. »

Le principe de la reprise du capital une fois accepté, il importe de déterminer l'objet de cette reprise ? Un premier système permet au bailleur de fonds de réclamer non seulement la somme qu'il a prêtée, mais encore une part dans la plus-value. Il invoque en faveur de ses prétentions deux arguments : la ventilation admise pour les bénéfices doit *a fortiori* être pratiquée lorsqu'il s'agit du capital et, dans les deux cas, elle doit porter sur la plus-value. Il ajoute un argument d'analogie : si le mari s'était servi de son argent pour acquérir des actions ou des parts d'intérêt dans une société quelconque, il aurait eu un double droit, celui de participer aux dividendes annuels au cours de l'existence de la société et celui de toucher une part proportionnelle de l'augmentation du capital social au jour de la dissolution.

Ces résultats, s'ils sont désirables en pratique, ne peu-

(1) *Ibid.*

vent être atteints à notre avis que par une convention. La première raison ne saurait nous convaincre, puisque nous avons repoussé la répartition des bénéfices annuels entre le capital et le travail. La seconde n'est pas davantage décisive : qui dit société commerciale, par actions ou par intérêts, suppose essentiellement une convention intervenue entre les associés dans une matière qui est réglementée par la loi. Ici au contraire nous n'avons pas de réglementation légale, et c'est seulement un contrat qui est capable de créer au profit du mari le droit d'obtenir, à la fin de l'exploitation, une part de la plus-value de l'établissement commercial. En dehors d'un accord spécial intervenu sur ce point entre les parties, le mari, comme tout prêteur, n'a le droit que de reprendre la valeur qu'il a prêtée.

La loi du 13 juillet 1907 a introduit un nouveau cas dans lequel *le fonds de commerce survit à la dissolution de la communauté.* Alors qu'autrefois l'entreprise formée et développée par le labeur de l'épouse suivait nécessairement le sort des valeurs communes et que la commerçante, en renonçant à la communauté, perdait tous ses droits sur elle, l'article 5 du texte de 1907 consacre une prérogative qui sera souvent très précieuse. La femme mariée qui réussit dans son négoce ne sera plus placée dans la triste alternative ou d'abandonner tout l'actif ou de supporter tout le passif ; elle aura la faculté, tout en renonçant à la communauté, de conserver par devers elle son pécule et de garder par conséquent le fonds de commerce. Il y a encore là une transformation des plus importantes qui assure à la femme mariée commerçante une protection des plus efficaces.

Ainsi la loi du 13 juillet 1907 a *amélioré le statut juri-*

dique de l'épouse commerçante par deux réformes qui sont incontestées : elle a prolongé, après la cessation du négoce, des droits qui n'étaient auparavant reconnus que pour les besoins et pendant la durée de l'exploitation ; elle a consolidé leur existence en les plaçant au-dessus des conventions matrimoniales, notamment sous les régimes communautaires, en les laissant survivre à une renonciation à la communauté. Mais lorsqu'on met à part ces deux idées qui forment, selon les expressions de Ihering, le précipité fixé et condensé par opposition à la masse flottante et mobile, on se trouve en face d'un conflit doctrinal intense. Deux grandes tendances que nous rencontrerons bientôt dans la vie se manifestent aussi dans les livres : l'une, plus pénétrée de l'esprit de la loi que de son texte, cherche à l'étendre dans son champ d'action ; l'autre, après avoir lutté contre la soumission de la commerçante à la législation nouvelle, accepte le fait accompli ; mais elle restreint le domaine de la réforme, elle maintient presque intégralement le droit antérieur et pose en règle que, pendant toute la durée du fonds de commerce, la libre gestion des gains et bénéfices accordée par la loi « présente un intérêt à peu près nul ».

La cause profonde de cet antagonisme, c'est d'abord que, pour la femme mariée commerçante, le législateur n'a rien prévu ; il a affirmé le principe abstrait sans songer à la complexité infinie des situations pratiques qu'il engendrait. C'est aussi que la loi du 13 juillet 1907 est la première ébauche d'un système nouveau : transition entre l'incapacité d'hier et la capacité de demain, elle ne s'adapte pas parfaitement au droit de 1807 et elle exige, pour son fonctionnement normal et son développement harmonieux, une

transformation des règles juridiques traditionnelles. Comme l'établira notre conclusion, il faut qu'au droit de la femme mariée en général et de la commerçante en particulier sur les produits de son travail vienne s'ajouter à bref délai le complément logique et légitime, le droit au travail.

TROISIÈME PARTIE

LA LOI DU 13 JUILLET 1907 ET LA PRATIQUE

Entre le droit positif d'aujourd'hui que nous avons décrit dans nos deux premières parties et le droit probable de demain que nous essaierons de dégager dans notre conclusion, se place naturellement une étude aussi difficile que féconde, celle de la pratique. Elle est difficile, car nous manquons d'éloignement pour apprécier d'une façon absolument sûre l'attitude de la vie en face de la loi. Il n'y a pas encore trois ans que le texte a été promulgué et une disposition légale, surtout lorsqu'elle transforme profondément les usages reçus, a besoin d'un temps plus long pour agir sur la pratique. C'est qu'elle ne peut pas se substituer du jour au lendemain au texte qu'elle remplace ; elle agit par une infiltration lente à travers les couches sociales, éprouvant des résistances qu'il faut vaincre, rencontrant des obstacles qu'elle doit tourner.

D'autre part aucune étude d'ensemble n'a encore été entreprise à notre connaissance sur l'application de la loi de 1907 ; les auteurs se sont bornés jusqu'ici à des recherches analytiques suscitées, par des questions d'espèces. Le temps est peut-être venu de faire succéder à une analyse plus étendue une synthèse plus compréhensive.

Cette tâche, délicate parce qu'elle est *nouvelle à un double point de vue*, est aussi, comme nous le disions plus haut, essentiellement féconde. Elle permet de saisir dans toute sa

complexité cette vie incessante du droit que la codification est impuissante à arrêter. Toutes les forces sociales qui avant s'étaient unies pour créer le texte s'emploient après à le modifier dans le sens des besoins nouveaux. Ce travail d'adaptation quotidienne ne saurait être réalisé par la machine législative toujours lente dans son fonctionnement. Il faut d'autres organes, plus rapprochés des exigences de la pratique, plus éloignés des discussions politiques : en contact journalier avec la vie, ils en connaissent les contingences et en savent les nécessités. Par eux le progrès s'élabore chaque jour ; le présent prépare et assure l'avenir ; l'évolution se réalise sans secousses et sans heurts. En les étudiant dans leur mécanisme et dans leurs fonctions, on commence à soupçonner des courants généraux, à discerner dans les habitudes, dans les usages, dans les conventions, dans les actes juridiques, ce qui est le legs du passé destiné à disparaître tôt ou tard et ce qui est le germe de l'avenir appelé à grandir et à prospérer.

Lorsque la doctrine s'occupe de l'application d'une formule législative, elle songe presque toujours exclusivement à l'interprétation donnée par les tribunaux ; et il semble que toute la vie du droit soit concentrée dans les recueils des décisions judiciaires. Sans doute il est exact de reconnaître à la jurisprudence un rôle considérable (1) : héritière du préteur romain, elle poursuit son œuvre dans le domaine de l'équité. Elle est, comme le dit très justement M. Esmein (2), une œuvre collective et progressive qui s'est faite par un apport continu de décisions fragmentaires. Elle est par suite capable de représenter les aspirations d'une épo-

(1) Cf. Crome, « Intensive und extensive Bedeutung des französischen Rechts » dans la *Rheinische Zeitschrift für zivil und Prozessrecht*, 1908.

(2) Cf. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 13 et seq.

que ; elle montre les conflits des divers intérêts en présence et elle est à ce titre plus instructive que la loi elle-même. « Les codes, les recueils de lois, écrivait avec raison Gabriel Tarde (1), sont des arsenaux ; un article de loi n'est qu'une arme de guerre ; et la vue des arsenaux fait moins connaître la vie militaire que le spectacle d'un seul petit combat. »

Mais, en réalité, *le droit n'existe pas seulement dans les palais de justice et dans les études d'avoués*. Les procès sont des exceptions, et le fait qu'une prérogative n'est pas contestée n'est pas une raison pour la passer sous silence. Si c'est souvent en dehors des parlements que les réformes législatives s'élaborent, c'est aussi en dehors des tribunaux que les arrêts se préparent. Les vrais créateurs du droit, ce sont les praticiens qui, pour satisfaire les intérêts qui leur sont confiés, introduisent certaines clauses dans les conventions passées devant eux. Or il est des situations juridiques qui se reproduisent fréquemment à une époque déterminée et qui exigent toutes des précautions identiques. Les mêmes formules se répètent dans de nombreuses opérations, et les tribunaux se bornent à imprimer une sanction officielle à ces germinations spontanées de la pratique. En résumé, suivant les belles paroles de M. Picard (2), le droit est vivant, concret, extériorisé autour de nous dans la multitude fourmillante des détails des collectivités humaines. Il y existe en une plénitude, une densité merveilleuses. C'est en le voyant tel qu'on peut vraiment dire de lui qu'il est un reflet de la vie.

Ces idées générales nous conduisent naturellement à diviser la troisième partie de notre travail en deux grands

(1) *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1900, p. 133.
(2) *Le Droit pur*, p. 54 et seq.

chapitres. Le premier s'occupera des manifestations pacifiques des droits reconnus par la loi du 13 juillet 1907 ; le second envisagera les conflits juridiques soulevés par le texte nouveau qui ont été portés devant les tribunaux.

CHAPITRE PREMIER

LA LOI DU 13 JUILLET 1907 ET LA PRATIQUE EXTRA-JUDICIAIRE.

La femme mariée, par son travail séparé, a réalisé des gains dans le commerce, dans l'industrie, dans les professions libérales ; elle songe naturellement, après avoir satisfait aux charges du ménage, à faire emploi de ses bénéfices, de son salaire, de son traitement. Si la somme est modeste, l'épouse s'adresse à la caisse d'épargne ; si le placement est plus considérable, elle s'adresse à un établissement de crédit ou elle va trouver son agent de change. Dans les deux hypothèses, elle entre en rapports avec des tiers qui sont tantôt de simples particuliers, tantôt des représentants de puissantes sociétés ou d'administrations officielles. Quel accueil va lui être réservé pour les diverses opérations juridiques qu'elle désire conclure : telle est la question que nous devons examiner en distinguant d'après les différentes personnes auxquelles la femme peut avoir recours.

SECTION I. — Les caisses d'épargne.

L'étude de la législation qui concerne les caisses d'épargne est particulièrement intéressante, car elle montre, peut-être mieux que toute autre, l'action constante de la pratique, et une connaissance sommaire du passé est nécessaire pour bien comprendre comment *la loi du 13 juillet* 1907

n'est ici qu'une étape naturelle dans une voie depuis longtemps ouverte.

Bien avant l'intervention du législateur, une Instruction ministérielle du 4 juin 1857 reconnaît une certaine indépendance à l'épouse économe et laborieuse. Alors que les principes généraux auraient exigé l'autorisation maritale pour chaque dépôt et laissé au mari pleins pouvoirs pour effectuer des retraits, l'Instruction ministérielle, s'inspirant peut-être inconsciemment de l'article 5 du Code de commerce, se contente d'une autorisation générale donnée pour le premier versement. D'autre part elle ne permet pas au mari de s'approprier les sommes qui ont été déposées sans la présence ou le consentement écrit et signé de la femme. La seule ressource de celui qui demeure en droit le chef de la communauté était alors de s'adresser aux tribunaux : souvent les juges le déboutaient de ses prétentions en s'appuyant sur ce fait qu'en acceptant le livret il s'était tacitement soumis à toutes les clauses qui y étaient mentionnées.

L'épouse se trouvait ainsi efficacement protégée contre un mari dissipateur ou débauché ; mais elle était aussi limitée dans ses droits et ne pouvait effectuer aucun retrait hors de la volonté de son conjoint.

La loi du 9 avril 1881, votée à la suite de nombreuses discussions (1) théoriques, consacre les résultats obtenus avant sa promulgation et relatifs aux dépôts de la femme mariée. Bien plus, en invoquant l'idée de mandat tacite, elle autorise l'épouse à retirer des fonds, sauf la faculté pour le mari de faire opposition.

Ce terme d'opposition que la loi n'avait pas précisément défini, la pratique va l'entendre dans un sens très rigou-

(1) Cf. sur tous ces points, Aftalion, *Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée*, p. 76 et seq.

reux. En faisant appel à l'idée de mandat tacite, on aurait pu prétendre qu'il ne s'agissait ici que d'une manifestation de volonté du mari, susceptible de produire ses effets indépendamment de toute forme : une lettre, une déclaration verbale auraient été suffisantes. Le but constamment poursuivi, la protection de la femme, a conduit à la solution contraire ; et les caisses d'épargne, n'attachant aucun effet à une lettre recommandée, ont exigé une véritable opposition faite dans la forme des actes extra-judiciaires.

La jurisprudence se montra moins favorable (1) aux intérêts de la femme mariée : certaines décisions se refusèrent à admettre la nécessité d'une opposition par ministère d'huissier et condamnèrent les caisses d'épargne aux dépens.

Les caisses d'épargne s'émurent de ces décisions et réclamèrent une loi pour légaliser leur pratique. Un projet fut déposé dans ce sens par M. Jules Roche (2) ; il reçut un accueil très favorable dans les deux Chambres, et ce n'est que le second rapport de la commission du Sénat qui introduisit dans l'article 16 le paragraphe suivant : dans le cas d'opposition, il sera sursis au retrait du dépôt et ce pendant un mois à partir de la dénonciation qui en sera faite à la femme par lettre recommandée à la diligence de la caisse d'épargne. Passé ce délai et faute par la femme de s'être pourvue contre ladite opposition par les voies de droit, le mari pourra toucher seul le montant du livret si le régime sous lequel il est marié lui en donne le droit.

Ce texte est un exemple d'un phénomène social très curieux ; il établit en effet que l'évolution législative ne se

(1) Libourne, 13 juillet 1886, *Journal des caisses d'épargne*, 1886, p. 190 ; Boulogne, 15 décembre 1893, *ibid.*, 1894, p. 29.

(2) Cf. Aftalion, *op. cit.*, p. 127 et seq.

produit pas suivant une ligne absolument droite qui irait en s'élevant sans cesse à partir de son point de départ. Il y a de temps en temps des régressions très caractéristiques. Faut-il donc en conclure à la marche circulaire du progrès humain ?

De même que les astres (1), au bout de certaines périodes, se retrouvent identiquement dans les mêmes positions respectives, les institutions juridiques se reproduiraient à des intervalles périodiques. Cette seconde théorie, plus tentante que la première, ne rend pas un compte exact de la réalité : les formes d'une institution envisagée à deux âges différents de sa vie se ressemblent, elles ne se confondent pas. Aussi la sociologie moderne se rattache-t-elle de plus en plus à une troisième théorie (2) qui concilie les deux premières et qui explique à la fois les ressemblances et les transformations. « L'évolution, après avoir éloigné la société de son état primitif, la ramène vers un point voisin de celui-ci. De là l'on peut conclure que l'avenir reproduit partiellement les formes du passé, mais avec des améliorations tenant à ce que celles-ci ont dû se combiner avec les formes contraires qui leur ont directement succédé... Les points représentant ces états nouveaux sont sur le même axe vertical que les premiers, mais à un niveau horizontal plus élevé. La ligne qui mène du point de départ au point d'arrivée est *une spirale indéfinie et ascendante.* »

La loi de 1895 représente un tournant de la spirale et, aussitôt après sa promulgation, la pratique devait poursuivre son mouvement ascensionnel vers la liberté d'épargne

(1) Cf. G. B. Vico, *Nuova Scienza*, traduction, Paris, 1835.

(2) Cf. Raoul de la Grasserie, dans la *Revue internationale de sociologie*, septembre 1895, et René Worms, *Philosophie des sciences sociales*, t. III, Paris, 1907.

de la femme mariée. L'Instruction ministérielle du 20 décembre 1895 cherche à entraver l'action du mari, et, si elle ne peut plus avoir recours aux anciens procédés, elle se sert de nouveaux moyens pour atteindre le même but. L'épouse qui a été avertie de l'opposition par les soins de la caisse d'épargne a le choix entre deux partis, se pourvoir contre l'opposition ou demeurer inactive. Si elle adopte le premier, la caisse attend la décision des tribunaux ; si elle ne fait pas usage de son droit, le mari rencontre des obstacles presque insurmontables s'il réclame le remboursement. Il est tenu en premier lieu de rapporter le livret qui forme le titre de la créance contre la caisse d'épargne ; il ne lui en est pas délivré de duplicata attendu que le livret n'est ni perdu ni adiré ni volé et qu'il se trouve entre les mains de la femme. Le mari aura en second lieu (1) à établir son identité et sa qualité de mari de la titulaire, et il devra enfin justifier du droit qu'il tient du régime matrimonial sous lequel il est marié à obtenir le remboursement du dit livret et, par suite, qu'il n'est survenu ni séparation de corps ni divorce.

Ces règles sont toujours exactement suivies par les caisses d'épargne, et elles sont très nettement rappelées dans une consultation récente. « Nous engageons la caisse, dit le *Journal des Caisses d'épargne* (2), à subordonner dans tous les cas au consentement des deux époux le remboursement du livret ouvert au nom de la femme mariée. Si le mari menace d'un procès, la caisse pourra couvrir sa responsabilité en exigeant la production par le mari du contrat de mariage et l'attestation qu'il n'y a pas eu séparation de biens. »

Toutes ces difficultés de preuve nous rendent compte

(1) Instruction ministérielle du 20 décembre 1895, art. 23.
(2) Mars 1909, p. 21.

d'un fait très remarquable : c'est que les oppositions signifiées aux caisses d'épargne sont très peu fréquentes. Depuis le 9 avril 1881 jusqu'à la fin de 1906, il n'y a eu que 1.242 oppositions de formées par les maris, alors que le nombre des comptes ouverts s'élevait à 1.974.701. La plupart des oppositions (1) demeurent sans résultats ; c'est ainsi que sur 57 oppositions en 1906, 50 n'ont fait l'objet d'aucune mesure ; 3 ont été suivies d'un remboursement aux deux époux ; 4 ont entraîné un remboursement au mari.

Ainsi, au début du xx^e^ siècle, l'ancien fondement du mandat tacite n'avait plus que la valeur d'une explication théorique et ne produisait aucune conséquence pratique : au lieu d'un pouvoir délégué, susceptible d'être arbitrairement révoqué, l'épouse avait conquis un véritable droit propre à l'épargne. Comment ce droit a-t-il été réglementé par la loi du 13 juillet 1907 ; c'est là une question d'un haut intérêt pratique : car la clientèle féminine des caisses d'épargne se compose presque uniquement de personnes vivant du produit de leur travail. Le compte-rendu des opérations de la caisse d'épargne de Paris (2) en 1908 constate que 84,08 0/0 des nouveaux déposants appartiennent aux classes laborieuses.

Une circulaire ministérielle du 8 novembre 1907 est venue réglementer l'application de la loi du 13 juillet. L'épouse qui entend se prévaloir du texte nouveau doit, au moment de l'ouverture du livret, en faire la déclaration spéciale et signer cette déclaration au registre matricule. Elle doit justifier de plus de sa profession séparée, et, à cet égard, la circulaire tire du principe posé par le législateur des appli-

(1) Cf. *Journal des Caisses d'épargne*, 1909, p. 102 et seq.
(2) *Journal des Caisses d'épargne*, 1909, p. 438.

cations intéressantes. « Il semble que les caisses d'épargne pourraient d'une manière générale considérer comme justifications suffisantes un certificat de l'employeur de la déposante dûment légalisé, un acte d'acquisition de fonds de commerce ou une quittance du payement de la patente par la déposante, un acte de société, un carnet d'adhésion à la législation sur les accidents du travail en vertu de la loi du 18 juillet 1907, une procuration générale par laquelle un tiers confie à la femme la gestion d'une entreprise, un contrat de fermage, l'expédition d'un acte notarié ou d'un jugement faisant ressortir l'exercice par la femme d'une profession distincte. »

La caisse d'épargne, après avoir examiné ces justifications et s'être assuré de leur authenticité, inscrit sur le livret ces mots : Femme de M..., ayant la libre disposition de son salaire en exécution de la loi du 13 juillet 1907. A partir de ce moment, l'épouse a toute liberté pour « faire procéder à tous achats de rentes dans les conditions de l'article 2 de la loi du 20 juillet 1895, signer toutes demandes de remboursements et délivrer quittance des sommes reçues ». Le droit d'opposition que nous avons vu singulièrement restreint par la pratique est ici complètement supprimé ; il ne serait capable de revivre que si le mari, usant des pouvoirs que lui confère l'article 2 de la loi du 13 juillet 1907, retirait à la femme la capacité spéciale que la loi lui accorde. Après la dissolution de la communauté, le livret pourra être remboursé à l'épouse sans qu'elle ait à fournir un certificat de propriété.

Une question délicate est soulevée par la circulaire ministérielle dans les termes suivants : la caisse devrait-elle rembourser à une femme exerçant une profession distincte le montant du livret ouvert à son nom avec l'assistance

du mari avant la promulgation de la loi du 13 juillet ? La réponse est négative, sous prétexte que le remboursement ne saurait avoir lieu que dans les conditions prévues lors de l'ouverture du livret. Il en résulterait que l'épouse ne pourrait jamais réclamer le bénéfice d'un texte qui s'applique cependant aux femmes mariées avant sa promulgation.

Cette solution est repoussée par un auteur (1) qui paraît reconnaître à l'épouse le droit de retirer toutes les sommes qui sont inscrites sur son livret, sans se préoccuper des dates où les dépôts ont été effectués.

Entre ces deux théories extrêmes dont l'une méconnaît le but de la loi nouvelle et dont l'autre sacrifie le droit antérieur, il y a place pour un système moins absolu qui fait à chaque législation sa part. Il s'appuie sur une disposition de l'instruction du 4 juin 1857 qui admet la possibilité de faire deux colonnes distinctes dans un livret déjà ouvert. C'est une distinction analogue à celle du réservé et du disponible. La première colonne contiendra toutes les sommes versées dans les conditions du dépôt primitif ; la seconde ne renfermera que les versements postérieurs au 13 juillet 1907. Le total des deux colonnes ne pourra naturellement pas être supérieur à 1.500 francs.

Les caisses d'épargne se montrent donc disposées à appliquer le texte nouveau ; en est-il de même de leur clientèle ? Jusqu'ici il est assez difficile de le savoir : c'est seulement le 10 février 1909 qu'une circulaire ministérielle (2), pour permettre de suivre les résultats de l'application de la loi du 13 juillet, a prescrit d'indiquer dans une nouvelle colonne le nombre des livrets ouverts aux femmes mariées

(1) Mulotte, thèse 1909, p. 100 et seq.
(2) *Journal des Caisses d'épargne*, 1909.

ayant la libre disposition de leur salaire. Des quelques renseignements que nous avons pu recueillir, il résulte que la loi est encore ignorée de la pratique : c'est ainsi que dans le département de l'Aube (1), qui en 1902 comptait 60 caisses d'épargne et 92.669 livrets, une seule femme a invoqué en mars 1909 le bénéfice de la loi de 1907. De même à Dijon où la caisse d'épargne est importante, il n'y a que six livrets ouverts conformément à la loi nouvelle.

Les causes de cette faible expansion de la législation de 1907 sont des plus nombreuses, *à la fois objectives et subjectives*. Elles sont objectives, car la loi est toute récente ; elles sont subjectives, car elles résultent à la fois de ce que certains établissements ne renseignent pas assez les titulaires de livrets sur leurs prérogatives et de ce que les femmes ignorent totalement leurs droits. Elles arrivent à la caisse d'épargne sans se munir des pièces justificatives qui leur seraient nécessaires pour bénéficier du nouveau régime ; et, lorsque l'administration, soucieuse de ses devoirs, leur représente les avantages de la loi du 13 juillet 1907, elles reculent devant les formalités qui sont pourtant particulièrement simples. Plutôt que de revenir le lendemain, elles préfèrent adopter les lois de 1881 et de 1895 que nous avons analysées plus haut.

C'est peut-être aussi que le régime de 1907 leur paraît une mesure de défiance vis-à-vis du mari ; le désir de la majorité des femmes mariées qui effectuent des dépôts dans les caisses d'épargne, c'est moins de dérober aux maris le fruit de leur travail que de constituer un patrimoine de réserve à la disposition des deux conjoints.

Caisses d'épargne postales. — Tout ce que nous avons

(1) *Les Caisses d'épargne*, Nancy, 1903.

dit au sujet des caisses d'épargne ordinaires s'applique également aux caisses d'épargne postales (1). La justification de la profession distincte peut être faite par la production de l'une des pièces suivantes : acte de notoriété ou certificat délivré par le maire ou le commissaire de police de la résidence de la déposante, certificat de l'employeur dont la signature a été légalisée par le maire ou le commissaire de police, déclaration écrite de deux témoins connus du receveur ou dont la signature a été légalisée comme ci-dessus.

La déposante peut également présenter toute autre pièce probante, telle que commission, contrat de travail, acte de société, engagement, quittance de payement de patente, acte d'acquisition de fonds de commerce, carnet d'adhésion à la législation sur les accidents du travail en vertu de la loi du 18 juillet 1907, expédition d'un acte notarié ou d'un jugement faisant ressortir l'exercice par la femme d'une profession distincte, etc.

La même mention que nous avons précédemment rencontrée sera apposée sur le livret et les mêmes droits seront dès ce moment reconnus à la titulaire du livret.

Ici encore les renseignements que nous avons recueillis démontrent que la loi est très peu connue de celles qui sont appelées à en profiter, parfois même de celles qui ont pour mission de la faire connaître.

(1) Cf. l'instruction 627 de la Direction de la Caisse nationale d'épargne dans le *Bulletin mensuel des Postes et Télégraphes*, janvier 1908, partie réglementaire, n° 1, p. 5.

SECTION II. — **La Caisse des dépôts et consignations.**

Une circulaire ministérielle du 26 décembre 1907 est venue déterminer les diverses modifications apportées par la loi que nous étudions.

En matière de consignations tout d'abord, la Caisse, représentée à Paris par un délégué spécial, dans les chefs-lieux de département par les trésoriers-payeurs généraux et dans les chefs-lieux d'arrondissement par les receveurs particuliers des finances, peut valablement se libérer entre les mains de la femme seule, toutes les fois qu'il s'agit soit des produits du travail de l'épouse, soit des biens mobiliers ou immobiliers acquis en emploi.

Pour ce qui concerne la contribution aux charges du ménage, l'article 10 déclare que les décisions intervenues seront exécutoires par provision et nonobstant appel. Mais la circulaire décide que l'article 548 du Code de procédure civile et par suite les articles 97 et 98 de l'instruction générale du 1er décembre 1877 demeurent en vigueur. Il en résulte qu'avant d'exécuter le jugement, les représentants de la caisse devront exiger la remise non seulement de l'original de la signification au conjoint, mais encore le certificat du greffier constatant le défaut des recours dans les délais légaux.

C'est encore à la Caisse des dépôts et consignations que se rattachent deux institutions importantes, *la Caisse nationale d'assurances en cas de décès* et *la Caisse nationale de retraites pour la vieillesse.*

En ce qui touche la première, une modification très importante a été apportée par la loi de 1907 : l'article 24 de l'instruction générale du 1er décembre 1868 exigeait, pour

que la femme mariée pût souscrire une police d'assurance, l'autorisation du mari ou, à défaut, l'autorisation de justice ; aujourd'hui au contraire l'épouse laborieuse pourra s'assurer librement en justifiant de sa profession distincte soit par un acte de notoriété, soit par un certificat de l'employeur. Mais, d'après la circulaire, cette justification devra être fournie lors du paiement de chaque prime annuelle ou au début de chaque année d'assurance si les versements se font tous les semestres, tous les trimestres ou tous les mois. Si la prime est inférieure à 50 francs, l'épouse qui n'avait pas besoin avant la loi de 1907 de l'autorisation maritale ne sera pas tenue de recourir à un acte de notoriété.

Les règles générales qui gouvernent les versements faits par les femmes mariées à la Caisse nationale des retraites n'ont pas été atteintes. L'article 13 de la loi du 20 juillet 1886 subsiste et le versement fait pendant le mariage par l'un des deux conjoints profite séparément à chacun d'eux par moitié. On ne pourrait pas admettre l'épouse à effectuer des versements à son profit exclusif : si l'article 13 reconnaît cette faculté à la femme séparée de corps ou de biens, c'est uniquement parce qu'alors le régime matrimonial de communauté est dissous. Ici au contraire les produits du travail de la femme mariée ne perdent pas leur qualité de biens communs et, lorsqu'ils sont affectés à la constitution d'une retraite, ils doivent profiter aux deux époux.

SECTION III. — Les établissements de crédit.

Toutes les études (1) parues jusqu'ici sur cette question ont signalé un antagonisme irréductible entre l'esprit de la

(1) Louis Delzons, article paru dans les *Débats*, 27 juillet 1909.

loi et son application pratique. *Elles ont accepté pour point de départ une note très importante de M. Léon Adam* parue en mai 1909 dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée* : cette note mérite par suite d'être examinée avec beaucoup de soin.

Une femme mariée, se présentant avec toutes les justifications exigées par l'article 1er, s'est vu refuser, aux guichets d'une banque de Paris, son ordre d'achat pour une obligation de chemin de fer. M. Léon Adam, surpris du fait, résolut d'entreprendre une enquête dans les établissements de crédit de Paris, chez un agent de change et au bureau des transferts du ministère des finances.

Il recueillit les renseignements suivants que nous nous bornons à reproduire presque textuellement, sauf à les discuter plus loin. Les établissements de crédit opposent à toute opération réclamée par l'épouse un refus des plus formels, et l'ouverture de compte, l'achat ou la vente de valeurs lui sont également interdits. L'article 4 les hypnotise et anéantit pour eux les dispositions de l'article 1er. Il y a inexécution systématique et volontaire de la loi du 13 juillet 1907.

Avec les agents de change, poursuit M. Léon Adam, nous ne nous préoccupons que des ordres de transfert : achat ou vente de valeurs cotées à la Bourse. L'incapacité de la femme mariée est pour eux absolue, et, non contents d'exiger les justifications de l'article 1er, ils réclament encore l'acceptation de ces justifications par le mari. Cette solution apparaît d'autant plus grave que toute opération réalisée à l'aide d'un intermédiaire sur une valeur cotée en Bourse rentre dans la compétence exclusive des agents

Annales de droit commercial, décembre 1909, p. 516 à 519 ; Lettre de Mme Schmahl du 17 octobre 1909 ; Lalou, 1910, *op. cit.*, p. 65 et seq.

de change et ne saurait être effectuée en dehors de leur concours.

Enfin, lorsqu'il s'agit d'acheter de la rente française, la femme peut le faire librement sans rapporter l'autorisation de son mari et sans justifier de l'origine des deniers. Mais, aussitôt qu'il sera nécessaire d'aliéner le plus minime titre de rente, le bureau des transferts exigera l'autorisation maritale.

M. Adam conclut que vraiment il est impossible de dénaturer plus injustement le caractère, le rôle et les droits de la mère de famille française, en même temps que la loi destinée à les protéger.

Quelles sont donc les causes qui peuvent sinon justifier, du moins expliquer cette attitude de la pratique? D'après les interprètes, elles sont au nombre de deux. Il y a d'abord *une cause psychologique* : *c'est la routine*. « Il est étrange de constater, lisons-nous dans les *Annales de droit commercial*, combien l'esprit de routine contribue à paralyser l'effet des lois les mieux conçues », et M. Lalou écrit lui aussi : C'est plutôt, semble-t-il, par routine parce que les tiers ne peuvent comprendre qu'une femme capitaliste soit capable.

La raison juridique, *c'est l'article* 4 qui dispose qu'en cas de contestation la femme pourra, tant vis-à-vis de son mari que vis-à-vis des tiers, établir par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par la commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés.

Il est certain que l'article 4 ne peut être invoqué ici : il s'occupe d'une question de consistance ou de provenance qui se pose seulement lorsque l'épouse entre en conflit avec son mari ou avec les ayants cause de celui ci ; il n'a rien à voir avec la capacité de traiter qui est reconnue à la femme

mariée en vertu de l'article 1er, dès qu'elle justifie de l'exercice d'une profession distincte.

Les auteurs, après avoir critiqué les solutions admises en fait, se demandent quel est le *remède* au mal qu'ils ont constaté. M. Lalou (1) veut en appeler à la *jurisprudence* qui « laissera au compte du tiers récalcitrant les frais d'une instance que seule la crainte illusoire d'une responsabilité chimérique a rendue nécessaire ». M. Adam au contraire redoute un procès qui entraînerait un « triste et pénible gâchis de temps, de préoccupation et d'argent » ; il réclame une *loi complémentaire* nouvelle. Est-ce le moyen d'aller plus vite et de faire mieux ? Nous en doutons beaucoup.

Sans réclamer l'intervention d'une force coercitive extérieure, nous nous adressons à *la pratique elle-même*. La routine dont on l'accuse n'est souvent, comme nous le disait très justement le directeur du contentieux d'un de nos grands établissements de crédit, qu'une prudence légitime dans les premiers moments de l'application d'une loi. Déduire d'un texte législatif toutes les conséquences rationnelles qu'il comporte est une œuvre plus facile au théoricien qu'à l'homme d'affaires ; car la responsabilité des idées qu'on exprime est toujours plus légère que celle des actes qu'on réalise.

Mais, lorsque la loi commence à être mieux connue, lorsque son texte est éclairé à la fois par l'interprétation doctrinale et par l'application judiciaire, la pratique s'oriente d'elle-même dans un sens favorable au droit nouveau. C'est ce phénomène très intéressant qu'il nous a été donné de constater. Nous n'avons pas admis comme un postulat la note de M. Léon Adam qui remonte à une année déjà ; nous

(1) *Op., cit.* p. 69.

avons recherché par nous-même l'état actuel de la pratique. Sans doute, nous avons rencontré plutôt des tendances que des faits. mais les tendances d'aujourd'hui sont les faits de demain.

Les établissements de crédit, s'ils se refusent encore à laisser toute liberté à l'épouse pour aliéner sans l'autorisation de son mari les titres qui représentent les fruits de son activité indépendante, se contentent de l'acte de notoriété toutes les fois que la femme veut réaliser un achat ou solliciter une ouverture de crédit. Dans un de nos grands établissements de Paris, la loi du 13 juillet 1907 s'applique une ou deux fois par semaine ; il est donc excessif et inexact de prétendre qu'elle reste aujourd'hui absolument lettre morte.

D'autre part, *la Chambre syndicale des Agents de change de Paris* se montre animée d'un esprit favorable à une large application de la loi de 1907, et il n'est pas douteux que sa puissante autorité morale contribuera à supprimer à bref délai cet antagonisme momentané entre la pratique et la théorie. Elle est en effet portée à admettre le principe de la capacité de l'épouse laborieuse et toutes les conséquences qui découlent de ce principe.

C'est ainsi que l'article 1er est le seul qui règle l'achat de valeurs de Bourse, fonds d'État, obligations et actions, parts d'intérêts. Le tiers auquel fait allusion le paragraphe 4 de la loi, ce n'est pas l'agent de change dont on réclame l'exécution d'un ordre de bourse, mais c'est uniquement soit le mari qui revendique la propriété de certaines valeurs constitutives du pécule, soit les créanciers du mari ou de la communauté qui veulent étendre leur gage. Si on essaie de déterminer exactement la situation juridique de l'agent de change, on s'aperçoit que cet intermédiaire des négociations n'agit pas en son nom propre, qu'il représente en réalité le

vendeur, le co-contractant et qu'il est impossible de le faire rentrer dans les termes de l'article 4.

Repousser ce point de vue serait attribuer, en dehors de la loi, un véritable pouvoir de contrôle susceptible d'anéantir en pratique les dispositions de la loi positive ; et le souci de ménager sa responsabilité ne saurait être assez puissant pour éluder un texte qui « rassure et oblige tout à la fois ». La présomption légale qui conclut de l'exercice d'une profession distincte à l'origine des fonds à employer peut se trouver en contradiction avec la réalité : il n'appartient pas au co-contractant et spécialement à l'agent de change de se préoccuper de ces risques.

Il n'y a aucune distinction à faire suivant la forme extérieure que revêt le titre à acheter : peu importe qu'il soit nominatif, au porteur ou mixte. Les actions que se procure l'épouse n'ont pas besoin d'être entièrement libérées, car la femme a pleine capacité pour s'engager même de la façon la plus onéreuse. A plus forte raison l'opération peut-elle avoir lieu soit au comptant, soit à terme.

La femme veut aliéner les valeurs qu'elle a librement acquises, quelles justifications doit-elle produire ? Ne faut-il pas rechercher l'origine des deniers qui ont servi à l'achat ? N'est-il pas utile de demander au mari sinon une autorisation basée sur l'antique idée de puissance maritale, tout au moins une attestation qu'il n'a pas usé de l'article 2 et que les pouvoirs conférés à l'épouse ne lui ont pas été retirés ?

Ici encore le même courant de libéralisme se manifeste. L'acte de notoriété sera seul exigé s'il s'agit d'un titre au porteur; bien plus, si l'aliénation porte sur un titre nominatif, on pourra avoir recours à un de ces autres moyens visés par la loi, et la mention apposée sur le titre et indiquant sa nature de bien réservé sera suffisante.

La solution contraire, en imposant à l'épouse la preuve qu'elle demeure soumise à la loi sur le libre salaire, serait à la fois injustifiable au point de vue des principes et intolérable en pratique. En fait, ce serait ordonner une démonstration impossible, car la situation de la veille peut ne pas être celle du lendemain, et l'affirmation verbale du mari serait le seul moyen de preuve adéquat. En droit, ce serait présumer que l'état normal est le retrait des pouvoirs, alors que l'article 2 est une exception à la fois dans l'esprit du législateur et dans le domaine des réalités.

Sans aller jusqu'à l'aliénation directe et immédiate, la femme mariée peut songer à une aliénation éventuelle. De même qu'elle a toute liberté pour hypothéquer les immeubles qui font partie de son pécule, il lui est loisible de donner en gage ou en nantissement les titres qu'elle possède. Le but qu'elle poursuit par ces opérations est le plus souvent très légitime, particulièrement quand l'épouse est à la tête d'une exploitation commerciale.

Une question beaucoup plus délicate est celle de savoir si la spéculation est possible, si la femme mariée peut valablement, sur le dépôt d'une couverture en titres ou en fonds provenant d'économies réalisées sur son salaire et en justifiant d'une profession distincte, se livrer sans aucune autorisation à des opérations hasardeuses dont le seul but est la spéculation.

La Chambre syndicale paraît décidée sur ce point à résister énergiquement à toutes les prétentions de l'épouse ; et il faut reconnaître qu'en fait les arguments qu'elle invoque ne manquent point de puissance. L'intérêt du ménage qui a inspiré les législateurs de 1907 défend ces spéculations dangereuses où on risque de tout perdre en voulant tout gagner. Autant l'emploi prudent des économies réalisées sur

les produits du travail mérite d'être encouragé, autant les jeux d'argent où le hasard est tout doivent être prohibés. Ne pourrait-on pas dire que les opérations des spéculateurs comportent plus de périls que les actes à titre gratuit ? Celui qui donne sait exactement ce dont il se dépouille ; celui qui joue ne limite pas ses pertes.

Malgré la force de toutes ces raisons, la solution contraire nous paraît plus juridique. La liberté d'action est accordée à la femme mariée laborieuse dans les termes les plus larges, et il n'est pas possible d'étendre par analogie la dérogation relative aux actes à titre gratuit ; les exceptions sont d'une très stricte interprétation.

Si la femme fait un mauvais usage des pouvoirs qui lui sont conférés, le mari aura recours à l'article 2 de la loi du 13 juillet 1907 ; mais il ne peut que réprimer le mal commis ; il lui est interdit, sous prétexte de prévenir les excès susceptibles de se réaliser, d'imposer son intervention préalable.

Du reste, quelle que soit la théorie admise sur la nature juridique de la couverture, la spéculation doit être autorisée. Les uns voient dans la couverture une sorte de paiement anticipé (1) ; les autres la considèrent comme la garantie (2), soit en espèces, soit en titres, constituée entre les mains d'un agent de change par suite d'une convention intervenue entre le donneur d'ordre et son mandataire. L'épouse qui possède des biens réservés, étant capable à la fois de consentir une aliénation et de donner une garantie, peut remettre une couverture à son agent de change et s'adonner (3) à la spéculation.

(1) Cf. Buchère, *Traité théorique et pratique des opérations de la Bourse*, n° 676 et seq., et Cass., 24 juin 1891, D. 99.1.185.

(2) H. Fontaine, *La Bourse et ses opérations légales*, Paris, 1905, p. 197 et seq.

(3) Dans le même sens : Henri Lalou, *op. cit.*, p. 121.

Des renseignements officiels qui nous ont été communiqués le 22 avril 1910, il résulte que *le bureau des transferts du ministère des finances* a adopté lui aussi une attitude nouvelle qui a été suivie par plusieurs grandes sociétés. Désormais il n'exige aucune justification pour inscrire une rente au nom d'une femme mariée avec le libellé suivant : « X...., femme de...., la présente rente sera aliénable par la titulaire sans l'autorisation de son mari, conformément à la loi du 13 juillet 1907. »

Bien plus, aucune formalité particulière n'est imposée par le Trésor au cas de vente de cette rente, si la procuration notariée donnée par la titulaire ou la déclaration de transfert certifiée par l'agent de chef constate formellement que Mme X... agit seule et sans l'autorisation de son mari, conformément à la loi du 13 juillet 1907.

Il est bien évident du reste qu'en dehors de la dette inscrite et pour couvrir sa responsabilité, l'agent de change, lors de l'achat ou de la vente, demandera un acte de notoriété ou toute autre pièce établissant que la titulaire exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari. Mais l'agent de change, la Chambre syndicale l'admet, doit se contenter de la justification de ce fait sans se préoccuper de la provenance des fonds.

SECTION IV. — La pratique notariale.

M. Dépinay, dans une lettre du 13 avril 1910, constate que la loi du 13 juillet 1907 pénètre très lentement et difficilement dans la pratique notariale. « Les notaires, nous écrit-il, la redoutent généralement dans l'application parce qu'ils y voient l'origine de nouveaux cas de responsabilité professionnelle. D'ailleurs les agents de change et les éta-

blissements de crédit leur ont donné l'exemple, en exigeant, pour la remise des capitaux ou pour la vente ou la conversion des valeurs, des justifications souvent impossibles à fournir. Je crois qu'en somme la loi nouvelle a à peu près fait faillite, au moins jusqu'à présent. »

Nous croyons que cette opinion est exagérée et qu'il est facile de réclamer à ce point de vue la réhabilitation de la loi du 13 juillet 1907.

L'argument d'analogie tiré des habitudes des intermédiaires de Bourse est appelé, nous le savons, à disparaître à bref délai ou plutôt à agir en sens contraire.

D'autre part la cause profonde de la faible application de la loi nouvelle par le notariat n'est pas de la même nature que celle qui explique la longue abstention des établissements de crédit. Alors que ce sont uniquement des motifs subjectifs qui arrêtent l'intervention des agents de change et des banques, c'est *une raison objective* qui rend compte du phénomène que constate M. Dépinay. Au premier cas, il est permis de parler de timidité, de crainte de responsabilités, et, selon certains auteurs, de routine ; au second, il est seulement possible de dire que les notaires, alors même qu'ils le désireraient, ne peuvent pas faire plus qu'ils ne font.

Quel est en effet le rôle essentiel du notaire au point de vue juridique ? C'est moins de conférer l'authenticité à des actes que d'exercer une influence profonde sur les conventions particulières. Consulté à chaque instant par ses clients pour toute affaire quelque peu importante, il lui appartient de traduire dans un langage juridique les besoins que les parties lui manifestent. Son champ d'action, c'est celui de la liberté des conventions qui ne connaît pour limites que l'ordre public, l'illégalité et l'immoralité. A l'intérieur de

ce domaine beaucoup plus vaste que celui de la législation positive, il a tout pouvoir pour modifier la loi, pour l'orienter dans le sens des aspirations modernes. Il peut étendre des protections insuffisantes ou même créer des garanties, restreindre ou supprimer des prérogatives exagérées, en un mot édifier par ses clauses de style, à côté du code du législateur, le code de la vie pratique.

Mais, lorsqu'il s'agit de la loi du 13 juillet 1907, l'action du notaire se trouve singulièrement limitée : les principes généraux de notre droit matrimonial lui interdisent de développer le texte ; le caractère d'ordre public de l'article 1er empêche toute restriction conventionnelle. Tout ce qui est permis ou plutôt imposé aux notaires, c'est d'appliquer la loi ; et ils ne manquent pas de le faire, toutes les fois que l'occasion s'en présente. Ils ont modifié leurs formules de contrat de mariage (1), et, par ce moyen, la loi nouvelle sera de plus en plus connue des ménages qui auront fait un contrat de mariage. Des renseignements pratiques que nous avons recueillis soit à Troyes, soit à Dijon, il résulte que les notaires sont disposés à donner à la loi nouvelle une interprétation large et généreuse.

Une hypothèse intéressante s'est présentée il y a quelques mois dans une étude de Dijon. Une femme mariée s'est constitué comme bien de famille insaisissable un immeuble qu'elle avait justement acquis avec les produits de son travail. Le notaire, appliquant très juridiquement la loi du 12 juillet 1909 et celle du 13 juillet 1907, procéda à cette constitution sans exiger la justification de l'autorisation maritale et en se contentant de la production d'un acte de notoriété.

(1) Cf. Dépinay, *Revue du Notariat*, 1908, p. 222 à 224.

CHAPITRE II

LA LOI DU 13 JUILLET 1907 ET LA JURISPRUDENCE.

L'étude des décisions judiciaires relatives à la loi de 1907 est plus complexe encore que celle de la pratique extra-judiciaire. La même *raison chronologique* se retrouve : s'il faut un peu de recul dans l'espace pour saisir l'ensemble d'un monument, pour apprécier le style de son architecture, sa grâce ou sa lourdeur, son harmonie ou son manque d'unité, il est aussi besoin d'un peu de recul dans le temps pour décrire l'évolution d'une jurisprudence, pour apercevoir le sens général de sa marche, pour déterminer les avantages ou les inconvénients de ses solutions pratiques, la logique ou le désordre de ses constructions théoriques.

Il y a d'autre part une *raison morale* qui ne se rencontre pas lorsque l'épouse veut acheter un titre ou faire un dépôt à la caisse d'épargne. Une action en justice est ici nécessaire, et la plupart des femmes mariées, soit par une crainte souvent légitime, soit par une résignation toujours naturelle, hésiteront à porter devant les tribunaux leurs réclamations les plus justifiées.

Notre premier soin doit être de déterminer la méthode que nous devons suivre et qui sera celle préconisée par M. Esmein (1) dans la *Revue trimestrielle de droit civil*. Il faut, dit l'éminent juriste, prendre la jurisprudence dans ses ori-

(1) Année 1902, p. 1 à 19, *La jurisprudence et la doctrine*.

gines, la suivre dans ses développements, marquer ses détours, ses hésitations, ses retours en arrière. Il faut ensuite rechercher les causes profondes de cette marche dans un sens donné, de ces déviations, de ces réactions ou de ces progrès. Enfin il faut étudier les procédés techniques de la jurisprudence. Par ce travail on fera apparaître sur chaque point important, pour chaque institution, la nature véritable de la jurisprudence qui les régit. On ne découvrira pas seulement les règles et les résultats pratiques, mais aussi les mobiles, les ressorts cachés, les procédés techniques, les forces en un mot qui l'ont menée jusqu'à l'état actuel et qui la mèneront plus loin encore.

L'interprétation des tribunaux français, comme autrefois celle du préteur romain, passe par trois étapes qui ne sont pas toujours nettement séparées en fait, mais que l'analyse doctrinale permet de distinguer. Le magistrat se borne d'abord à appliquer la loi ; il l'étend ensuite par voie d'analogie aux hypothèses que le texte n'a pas prévues ; il arrive enfin à la modifier dans ses effets, à la corriger dans ses conséquences. La loi relative au libre salaire de la femme mariée est trop récente pour que les juges aient déjà songé à l'étendre ou à la corriger ; ils n'ont fait jusqu'ici que déterminer avec plus d'exactitude ses conditions d'application. Cette précision s'est faite particulièrement à trois points de vue que nous devons approfondir, au point de vue des sujets des droits, au point de vue des droits eux-mêmes, au point de vue des manifestations pratiques de ces droits.

SECTION I. — Les sujets des droits.

Une question sérieusement débattue à cet égard fut celle de savoir si *les époux séparés de fait* pouvaient invoquer le

bénéfice de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907. Les juges de paix, assez rapprochés des justiciables pour en connaître les besoins, se prononcèrent en faveur de l'affirmative. Dès le 4 octobre 1907, un jugement du XVIII[e] arrondissement de Paris (1) vint statuer dans les termes suivants :

Le juge de paix est compétent, aux termes de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907, pour accorder à la femme, laissée sans ressources par son mari, l'autorisation de saisir-arrêter une partie des salaires dudit mari proportionnelle à ses besoins.

Le mari ne saurait valablement opposer à cette demande un acte extra-judiciaire invitant sa femme à réintégrer le domicile conjugal, alors d'ailleurs que cet acte, intervenu au dernier moment, n'eut d'autre but que de paralyser l'action de la femme.

La même solution se retrouve très nettement formulée dans deux décisions, l'une du tribunal de paix de Montredon (2) en date du 4 novembre 1907 qui applique le texte alors que les époux sont séparés de fait, et l'autre du tribunal de paix de Saint-Gilles (3) qui reconnaît le droit de l'article 7 « même au cas où les époux ont cessé de vivre en commun ».

La seule restriction qui est admise par les juges de paix résulte de ce que la séparation est *imputable à la faute de la femme*. Il est à la fois conforme à l'équité et aux principes juridiques de ne pas admettre alors la prétention de l'épouse. C'est ce que traduit très exactement un jugement (4) de Roubaix dont nous devons la communication à

(1) D. 1908.5.19. Cf. Lannion, 8 février 1910, *Gaz. du Pal.*, 24 mai.

(2) D. 1908.5.25.

(3) D. 1908.5.59 et S.1908, sommaires, 2.33. *Adde* : Calais sud-est, 8 janvier 1908, *Revue des justices de paix*, 1908, XVI, 198.

(4) Il date du 3 octobre 1909. Des espèces analogues nous ont été signalées à Troyes et à Clichy.

l'amabilité de son auteur, M. de Renty et dont il est intéressant de reproduire les motifs.

Attendu que la loi du 13 juillet 1907 n'a pas eu pour but de faciliter les séparations de corps amiables ou par consentement mutuel, qu'elle a simplement voulu forcer l'un ou l'autre des deux époux, lorsque des circonstances particulières ou des motifs insuffisamment graves pour amener une séparation définitive ont amené une suspension de la vie en commun, à intervenir pécuniairement pour faciliter l'existence du conjoint.

Que dans l'espèce la femme a quitté volontairement son mari, prétendant avoir pour cela des motifs graves, que, sur une sommation extra-judiciaire de son mari de réintégrer le domicile conjugal, elle a refusé de reprendre la vie commune. Qu'elle ne peut vouloir profiter d'une situation irrégulière qu'elle a créée elle-même de son propre gré pour réclamer à son profit l'application d'une loi faite dans l'intérêt du conjoint délaissé.

Il est un caractère qui ne peut manquer de frapper dans toutes les espèces que nous avons rapportées : c'est que le principe est à peine énoncé et qu'on sent le besoin de s'appuyer sur de nombreuses circonstances de fait.

Contre cette jurisprudence, ferme sans doute dans ses résultats pratiques, mais un peu hésitante dans ses justifications théoriques, la réaction devait se produire. A la méthode d'interprétation large et favorable aux besoins modernes s'opposait naturellement la méthode logique et purement raisonnante. Le 5 mars 1908, le tribunal civil de Boulogne-sur-Mer (1), saisi d'un appel contre une décision du juge de paix de Calais (canton Sud), affirma l'inapplicabilité de la

(1) Cf. D. 1909.2.17, avec une note de M. Henri Lalou, et S. 1909. 1.209, avec une note de M. Albert Tissier.

loi du 13 juillet 1907 aux époux séparés de fait. Son jugement est assez important pour être rapporté en entier et discuté avec soin.

« Attendu que la loi du 13 juillet 1907 n'a pas été édictée en vue de la situation d'époux qui ont cessé de vivre en commun ; qu'en ce cas celui des deux époux qui prétend avoir droit à une pension alimentaire ne peut fonder son action que sur les dispositions des articles 212 et 213 du Code civil, qu'il doit, pour en justifier le principe, établir qu'il a été contraint à une habitation séparée par la faute de l'autre époux.

« Attendu que la loi précitée de 1907 n'a ni abrogé, ni modifié les dispositions des articles 212 et 213 prérappelés ; que la jurisprudence formée sur ces articles subsiste donc entière ; qu'elle a entendu protéger la famille d'abord, en assurant la répartition équitable et l'exécution des charges qu'elle comporte, protéger ensuite l'un des époux contre les appropriations abusives ou les dilapidations de l'autre époux.

« Attendu que l'article 7 en imposant, dans cet esprit, à chacun des époux de contribuer aux charges du ménage, a donné à l'expression ménage le sens usuel que lui donne d'ailleurs l'article 1537 du Code civil, d'une famille, groupée sous le même toit dont chacun des membres est l'occasion de dépenses à prélever sur un fonds commun et qui constituent les charges qui les grèvent.

« Attendu qu'il suit de là que deux époux qui vivent séparés de fait et se sont constitué, chacun de leur côté, une existence indépendante dans une habitation distincte n'ont plus par suite de charges communes et ne peuvent être tenus pour vivant en ménage. »

Quelle est la valeur juridique du jugement de Boulogne-

sur-Mer ? Pour le critiquer sainement, il faut d'abord délimiter avec soin l'hypothèse dont il s'occupe. Si la séparation de fait avait été imputable à l'épouse demanderesse, on aurait pu comprendre que le tribunal, pour punir la coupable, ne lui accordât que des aliments (art. 212) et se refusât énergiquement à lui octroyer un traitement convenable d'après l'état et les facultés du mari (art. 214). Le fait de ne pas acquitter la dette alimentaire pourrait même être légitime si c'était une arme (1) pour obtenir le rétablissement de la vie commune.

Mais dans l'affaire Lepaire, c'était le conjoint délaissé qui réclamait à son profit l'application de la loi nouvelle. Les juges ne pouvaient donc invoquer que des arguments de droit et non des motifs d'équité pour repousser les prétentions de la dame Lepaire. Ce sont ces raisons juridiques que nous devons discuter: elles sont au nombre de deux.

Tout d'abord, au point de vue formel, la loi a employé l'expression de charges du ménage. Or, qui dit ménage désigne une famille groupée sous le même toit, et, si le législateur avait voulu donner une extension plus grande à l'article 7, il aurait sûrement employé, comme dans l'article 1537, le terme plus compréhensif de charges du mariage.

Ce premier argument est inexact et ne saurait nous convaincre. Le renvoi à l'article 1537 contient une erreur matérielle, car le texte s'occupe des charges du mariage. Les deux expressions sont du reste synonymes et les praticiens comme les auteurs les emploient indifféremment ; le législateur lui-même se sert de l'une ou de l'autre sans créer entre elles de distinctions (art. 1448 et 1537). Du reste

(1) Cf. la note de M. Planiol, sous Dijon, 21 janvier 1891 (D. 91.2. 349) et M. Eugène Gaudemet, Chronique de jurisprudence, dans la *Revue trimestrielle*, 1909, p. 383.

ces discussions stériles sont d'un autre âge : il faut moins s'attacher à la lettre du texte qu'à son esprit, et, si l'on consulte les travaux préparatoires, aucun doute ne peut plus subsister.

Le rapport fait au nom de la commission du Sénat, les déclarations orales du rapporteur, loin d'exclure l'hypothèse de séparation de fait, la visent expressément et parfois même uniquement. Les expressions employées, dit formellement M. Guillier, « englobent le cas, qui est le plus fréquent, d'abandon par un des conjoints du domicile conjugal ». En serions-nous encore au temps où celui qui réclamait en justice parce que ses vignes avaient été coupées était débouté de sa demande (1) pour avoir employé dans la procédure le terme de vignes au lieu du mot arbres dont se servait la loi ?

La seconde raison alléguée par le tribunal de Boulogne consiste à dire que la loi nouvelle, au cas de séparation de fait, n'apporterait aucune innovation et que les articles 212 et 213 du Code civil sont et demeurent suffisants. Il y a là encore une erreur : ce qui importe au plaideur, c'est évidemment d'obtenir la reconnaissance de son droit ; mais c'est aussi d'arriver à ce but par une voie simple et rapide. Or, à ce point de vue, capital en pratique, il est très important de savoir si la femme pourra alléguer la loi de 1907 ou si elle devra agir conformément au droit commun : faudra-t-il une demande de pension alimentaire suivie de saisie-arrêt ou suffira-t-il de la procédure expéditive de la loi nouvelle ?

En résumé l'application de l'article 7 aux conjoints séparés de fait est à la fois légitime et utile. Ces idées qui avaient reçu l'adhésion de la doctrine (2) tout entière de-

(1) Gaius. Commentaire IV, par. 11.
(2) Cf. notamment les notes précitées.

vaient finir par triompher dans la jurisprudence. Madame Lepaire se pourvut en cassation, invoquant comme moyen unique la violation de l'article 7, et la Cour suprême (1), le 1er février 1909, mit un terme à la controverse en décidant que l'article 7 autorise la saisie-arrêt « sans qu'il y ait lieu de distinguer si les époux vivent ensemble ou sont séparés de fait ».

La loi du 13 juillet 1907, dans son ensemble, comme le dit très justement M. de Renty, règle la situation de la femme dans l'état de mariage. Or, qu'il plaise aux époux de vivre ensemble ou séparés, d'accord ou non, d'avoir des domiciles séparés ou mieux des résidences, car la femme mariée n'a que le domicile de son mari, d'habiter chacun dans un pays différent, ils n'en sont pas moins mariés, ils n'en constituent pas moins une famille, un ménage dont les membres dépendent les uns des autres, une organisation générale au point de vue légal que personne ne peut diviser, quels que soient les motifs qui séparent les époux.

Entre les deux hypothèses que nous avons précédemment étudiées, celle où la séparation de fait est imputable à la faute du mari et celle où la responsabilité incombe tout entière à l'épouse, se place une situation intermédiaire, celle de la *mésintelligence qui implique le plus souvent des torts réciproques*. Elle a été récemment soumise au tribunal civil de Valenciennes (2), qui a rendu le 25 mars 1909 un jugement dont nous ne retenons pour le moment que les attendus qui ont trait à notre question.

« Attendu, est-il dit, que, par suite de mésintelligence entre eux, les époux Quiévreux vivent séparément, le mari

(1) D. 1909.1.85. Dans le même sens, Paris, 14e arrondissement, 15 avril 1909 (S. sommaires, 2.26).

(2) *Gaz. du Palais*, 1909, p. 261 et 262.

à Valenciennes, la femme à Vitry-sur-Seine ; qu'à la vérité il paraît douteux que la loi du 13 juillet 1907, en vertu de laquelle a été rendue la décision attaquée, soit applicable à des époux vivant dans de telles conditions, puisqu'elle a pour objet d'assurer la juste participation de chacun d'eux aux charges du ménage et non le secours alimentaire qui peut être dû par l'un à son conjoint ; que le mot ménage paraît ne devoir s'entendre qu'au cas d'époux habitant ensemble ou vivant séparés l'un de l'autre, pour des motifs auxquels la mésintelligence est étrangère, telles que raisons professionnelles, de famille, de santé, mais laissant subsister, outre le lien d'affection, le souci de leurs intérêts communs ; que, lorsqu'il en est différemment, la femme qui veut obtenir de son mari une pension alimentaire doit porter sa demande devant le tribunal en se conformant aux articles 211 du Code civil, 861 et 559 du Code de procédure. »

Ce jugement est particulièrement intéressant, moins par les distinctions psychologiques qu'il essaie d'introduire dans le domaine du droit que par l'état d'esprit qu'il manifeste. C'est la même tendance que nous avions déjà constatée à propos du jugement de Boulogne sur-Mer, ce sont presque des motifs identiques qui sont invoqués, l'interprétation formaliste du mot ménage, la substitution des règles du Code civil aux principes de 1907. Le but, c'est de réduire au minimum le champ d'application de la loi du 13 juillet ; et, comme il est difficile, après l'arrêt du 1er février 1909, de décider que la seule séparation de fait entraîne *ipso facto* l'exclusion de l'article 7, on crée toute une série de distinctions et de sous-distinctions. On respecte en apparence le principe définitivement établi par la Cour suprême : on le tourne en réalité et on limite arbitrairement ses effets.

Réduire l'efficacité de la loi aux hypothèses où l'éloignement résulte de « raisons professionnelles, de raisons de famille et de santé », ce serait faire du texte nouveau une affirmation purement théorique. Le but du législateur a été au contraire d'atteindre à une procédure plus rapide et moins coûteuse, d'assurer une exécution facile et certaine à des obligations essentiellement impérieuses qui, nées avec le mariage, ne peuvent disparaître qu'avec le mariage lui même.

Un autre problème s'est récemment posé devant le tribunal de paix de Saint-Nazaire (1), le 26 juillet 1909 : il s'agissait de savoir si la loi de 1907 étendait son empire non seulement aux femmes séparées de fait, mais *aux épouses en instance de divorce*. L'antinomie existe très nette entre les articles 238 et 240 du Code civil et l'article 7 de la loi du 13 juillet : les premiers attribuent expressément compétence pour statuer sur la demande d'aliments soit au président du tribunal civil au cas de conciliation, soit au tribunal lui-même à défaut de conciliation ; le second au contraire fait uniquement appel au juge de paix.

Le jugement précité tranche la difficulté dans les termes suivants : La femme mariée en instance de divorce et pourvue d'une résidence distincte, qui réclame à son mari des aliments, a le droit, tant que le divorce n'est pas prononcé par une décision passée en force de chose jugée, de se pourvoir à son choix, soit conformément à l'article 238 du Code civil, soit conformément aux articles 7 et suivants de la loi du 13 juillet 1907, à l'effet, dans ce dernier cas, de se faire autoriser à saisir-arrêter les produits du travail du mari et à se les faire attribuer dans la mesure fixée par le jugement d'autorisation.

(1) D. 1910.1.9, avec une note de M. Henri Lalou.

Cette femme a même le droit, après avoir obtenu du tribunal civil un jugement avant faire droit lui allouant une pension alimentaire de renoncer au bénéfice de ce jugement et de réclamer l'application à son profit de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907.

Toutefois la portion du salaire du mari que la femme peut être autorisée à saisir-arrêter, en vertu d'une décision du juge de paix, ne doit pas dépasser le chiffre de la pension obtenue en conformité de l'article 238 du Code civil.

Cette décision est critiquée d'une façon très intéressante par M. Lalou, et nous nous bornerons à reprendre les arguments présentés par lui. Il faut tout d'abord exclure de la controverse le cas où un jugement définitif a été rendu par le tribunal, car alors il n'y a plus d'époux, et la loi de 1907 disparaît. Ce n'est donc que pendant le cours de l'instance en divorce que le conflit peut indiscutablement surgir.

La loi de 1907 a-t-elle institué une nouvelle hypothèse de recours parallèle, et, de même que l'action civile peut être portée soit devant les mêmes juges que l'action publique, soit devant le tribunal de droit commun, la femme en instance de divorce jouit-elle d'une option entre deux juridictions? Lui est-il permis de recourir à la seconde même après avoir commencé par s'adresser à la première?

L'affirmative est admise par le jugement de Saint-Nazaire : la décision essentiellement provisoire du tribunal civil n'a pas l'autorité de la chose jugée ; la maxime *una via electa non datur recursus ad alteram* ne s'applique que dans les cas prévus expressément par la loi.

La solution contraire est cependant préférable. Comme l'établit très bien M. Lalou, de profondes différences séparent les articles du Code civil et l'article 7 du texte nouveau. Les premiers supposent une instance en divorce ; ils éten-

dent leur action sur tout le patrimoine de l'époux débiteur ; ils organisent une procédure exclusive par elle-même de toute saisie-arrêt. Le second existe même si les conjoints n'ont pas cessé la vie en commun ; il ne concerne que les produits du travail de l'époux débiteur et il se réalise nécessairement par une saisie-arrêt. Il est par suite impossible de traiter de la même façon ces deux droits qui s'éloignent l'un de l'autre par les conditions de leur reconnaissance, par l'étendue de leur objet, par le mode de leur exécution.

Or les articles 238 et 240 du Code civil donnent expressément compétence au magistrat conciliateur ou au tribunal civil pour statuer sur les demandes d'aliments qui interviennent au cours de l'instance. Il en résulte que, toutes les fois qu'il s'agira de déterminer le chiffre de la pension alimentaire que l'épouse en instance de divorce est en droit de réclamer, le juge de paix devra se déclarer incompétent ; la législation de 1907 s'effacera devant le droit commun. Le tribunal connaît mieux la situation des époux : il peut décider que la provision alimentaire sera une avance imputable sur les revenus attribués à la femme dans la liquidation de la communauté. Il se pose ainsi d'innombrables questions qui se rattachent à l'ensemble de la procédure du divorce et en supposent la connaissance.

Mais lorsqu'il faudra non plus évaluer le droit de l'épouse, mais lui assurer son efficacité pratique, en l'autorisant à saisir-arrêter une part du salaire de son conjoint, la loi du 13 juillet 1907 retrouvera son empire. Cette conciliation tentée par M. Lalou nous paraît des plus heureuses ; elle donne aux parties le maximum de garanties dans le fond et dans la forme. D'une part, en effet, c'est le tribunal, plus éclairé sur l'origine des malentendus et sur la situation pécuniaire des époux, qui fixe le taux de la pension alimen-

taire ; d'autre part, c'est le juge de paix qui permet de réaliser en fait par une procédure expéditive ce que le tribunal a décidé en droit.

SECTION II. — Les droits.

Nous ne constatons plus, dans cette section comme dans la précédente, une évolution achevée, un cycle complet ; nous rencontrons seulement une série de décisions qui résolvent des problèmes particuliers sans se rattacher très visiblement à une conception générale. Suivant une distinction adoptée par le législateur lui-même, nous étudierons successivement dans la pratique les droits de la femme sur les produits de son propre travail (art. 1 à 7) et les droits de la femme sur les produits du travail de son conjoint (art. 7 à 11).

§ 1. — Droits de la femme mariée sur les produits de son travail.

Un jugement du tribunal civil de la Seine (1) en date du 20 décembre 1909 précise les conditions qui sont nécessaires pour qu'un bien acquis par la femme revête la qualité de bien réservé. Le mari avait en l'espèce acheté un immeuble au cours de la communauté ; mais l'épouse n'avait pas figuré à l'acte d'acquisition, et aucune mention n'indiquait qu'un emploi avait été effectué. La seule présomption en faveur des réclamations de la femme consistait en ce que des retraits avaient été opérés sur son livret de caisse d'épargne à des époques correspondant à celles du paiement des diverses fractions du prix de l'immeuble.

Le tribunal décide tout d'abord que « la femme commune en biens ne peut attaquer l'aliénation consentie en fraude

(1) *Le Droit* du 17 mars 1910, et *Gaz. Pal.*, 1910.1, p. 141.

de ses droits par le mari d'un bien dépendant de la communauté qu'après la dissolution de celle-ci et en cas d'acceptation. D'autre part, sans repousser en droit la preuve par présomptions admise par l'article 4 de la loi de 1907, il estime qu'en fait les présomptions invoquées ne sauraient suffire à prouver soit la provenance des biens, soit la volonté de la demanderesse de les affecter à une destination exclusive.

Le principe formulé par les juges nous paraît erroné. Si nous recherchons le motif qui l'inspire, nous le trouvons formulé par les auteurs (1) dans les termes suivants : c'est seulement lorsque la femme accepte qu'elle a intérêt à faire prononcer la nullité de l'aliénation d'un bien commun ; si elle renonce, elle est sans qualité pour critiquer les actes du mari relativement aux biens communs sur lesquels elle n'a plus aucun droit. Mais cette affirmation qui est répétée par le tribunal est à notre avis inexacte depuis la loi de 1907, lorsqu'il s'agit des produits du travail de la femme et des biens acquis grâce à eux. Le patrimoine réservé demeure tout entier à l'épouse au cas de renonciation, et alors la titulaire de ce patrimoine aura un intérêt considérable à exercer l'action en nullité pour reconstituer son pécule. Il y a sur ce point un renversement des solutions admises jusqu'en 1907, et les magistrats, sans s'apercevoir de cette transformation, ont reproduit de confiance la phrase traditionnelle.

Certaines décisions ont été rendues pour déterminer non plus les conditions d'application, mais l'étendue des droits reconnus à la femme mariée. Le tribunal de Périgueux (2), le 12 mars 1908, a rejeté la demande en séparation de biens

(1) Cf. Laurent, t. XXII, n° 40 et Guillouard, t. II, n° 738.
(2) S. 1909.2 157.

d'une épouse qui voulait mettre à l'abri le produit de son travail. D'une part en effet, pendant la durée du régime matrimonial, les droits de la femme laborieuse sont égaux et même supérieurs à ceux de l'épouse séparée de biens ; d'autre part, à la dissolution du régime, la disposition de l'article 5 permet de conserver le pécule même au cas de renonciation. Par suite, lorsque la demanderesse ne possède pas d'autres éléments de fortune que les fruits de son labeur, elle n'a aucun intérêt à réclamer sa séparation de biens, et toute action devant les tribunaux doit lui être refusée.

Au point de vue théorique, cette solution pourrait prêter à critique. La femme séparée de biens n'est tenue qu'à verser sa contribution aux mains du mari ; la loi de 1907 crée une obligation directe vis-à-vis des créanciers et paraît plus rigoureuse pour la débitrice. Mais en fait la jurisprudence (1) est arrivée à donner aux tiers qui ont traité dans l'intérêt du ménage une action directe pour poursuivre l'épouse séparée de biens ; et aucune différence pratique n'existe entre les deux situations.

Le droit d'administration de la femme mariée laborieuse a été reconnu dans des circonstances spécialement intéressantes. Une commerçante (2) en instance de divorce exploitait, avenue de l'Opéra, une importante maison de couture, et le mari ne s'occupant plus du fonds de commerce demanda au président des référés et obtint de lui la nomination d'un séquestre. L'ordonnance fut frappée d'appel, et la Cour, donnant gain de cause à la femme, lui confia l'administration de la maison de couture en invoquant l'article 1er de la loi du 13 juillet 1907.

(1) Cass., 25 mai 1891, S. 92.1.369. *Adde* Nice, 4 mars 1190, D. 1910.2.117.

(2) *Gaz. Pal.*, 19 novembre 1908.

Pour faire valoir ses prérogatives, la femme peut librement ester en justice, qu'elle se présente comme demanderesse ou comme défenderesse. Un jugement (1) du tribunal civil de Bordeaux permet expressément aux tiers d'assigner l'épouse sans avoir égard à l'autorité maritale. Une décision du tribunal (2) de la Seine, plus intéressante et plus fortement motivée, mérite d'être citée en entier :

La loi du 13 juillet 1907, accorde à la femme mariée une indépendance absolue en ce qui concerne le contrat de travail qu'elle peut être appelée à passer et l'administration des gains et économies résultant de ce travail, ainsi que le libre exercice des actions personnelles qui en dérivent.

En conséquence il y a lieu de décider, conformément à l'esprit et au texte de la loi de 1907, que la femme mariée a qualité pour ester en justice dans les instances relatives aux accidents du travail dont elle peut être victime, l'enquête consécutive à tout accident de ce genre étant de nature à fournir la justification exigée par l'article 1er, § 4, de la loi précitée pour établir que la femme exerce une profession distincte de celle de son mari.

C'est ainsi que la capacité de la femme s'étend aux instances qui ont pour objet soit l'obtention d'une indemnité de demi-salaire jusqu'à la consolidation de sa blessure ou d'une rente forfaitaire, soit le remboursement des frais de médecin et de pharmacien, soit encore, le cas échéant, la demande d'attribution du quart du capital nécessaire à l'établissement de la rente, toutes ces instances étant relatives au salaire de la femme, de même que la discussion qui peut s'élever relativement à la faute inexcusable.

(1) *Gaz. Trib.*, 29 janvier 1909.
(2) 26 mars 1908. S. sommaires, 2e partie.

§ 2. — Droits de la femme mariée sur les produits du travail de son mari.

Si la première partie de la loi du 13 juillet 1907 est restée jusqu'à l'époque actuelle assez rarement pratiquée, la seconde a au contraire profondément pénétré dans la vie. Pour en mesurer toute l'influence, il ne suffit pas de se reporter aux grands recueils de jurisprudence. De nombreuses espèces soumises aux juridictions du premier degré ne paraissent pas dans les périodiques, et elles contribuent néanmoins à démontrer l'efficacité d'un texte législatif. Désireux de combler cette lacune, nous avons entrepris à la fin de l'année 1909 une enquête pratique auprès des juges de paix des villes les plus importantes. Nous en étudierons plus tard les résultats en détail ; nous ne ferons pour l'instant que relever quelques chiffres relatifs aux cas d'application de la loi nouvelle à Paris et à Lille où nous avons obtenu des réponses précises.

Lille (1er arr.)	10 fois	Paris (4e arr.)	10 fois
Lille (2e arr.)	12 »	Paris (10e arr.)	6 »
Lille (3e arr.)	2 »	Paris (13e arr.)	5 »
Lille (5e arr.)	0 »	Paris (16e arr.)	4 »

Une lettre de M. Boivin, juge de paix du premier arrondissement de Lille, accuse une progression importante qui s'est manifestée tout récemment à Lille, qui se manifestera à mesure que la loi sera plus connue dans les autres villes ouvrières (1). « Au début, dit-il, la loi de 1907 ne recevait pas d'application. Le premier cas s'est présenté, il y a environ six mois ; deux mois après, j'ai eu à juger une seconde affaire. Depuis trois mois, après chaque séance du bureau

(1) La loi a été appliquée 5 fois à Valenciennes, canton Nord, 4 fois à Troyes, très souvent à Roubaix, etc...

d'assistance judiciaire, je reçois une ou deux demandes chaque quinzaine. »

Le plus souvent les demandes sont formées par de malheureuses femmes d'ouvriers, tantôt abandonnées de leur mari, tantôt ayant dû quitter le domicile conjugal ; les saisies-arrêts autorisées varient en général entre 30 et 60 francs par mois, et les jugements qui les permettent sont tous motivés de la même façon. Nous citerons seulement dans cet ordre d'idées un jugement (1) du 23 juin 1909 :

« Attendu que la dame G... demande que son mari soit tenu de contribuer aux charges du ménage jusqu'à concurrence d'une somme de 150 francs par mois ;

« Attendu en fait que G... ne rapporte rien de son salaire à la demanderesse ; qu'il reconnaît qu'il touche chaque mois une somme de 300 francs ;

« Attendu en droit qu'aux termes de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907, la demanderesse peut obtenir l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher du salaire ou du produit du travail de son mari une part en proportion de ses besoins ;

« Qu'en dehors de ses besoins propres, elle a encore exclusivement à sa charge l'entretien de son enfant mineur ;

« Que le tribunal a dès à présent les éléments nécessaires pour fixer à 100 francs la part contributive du mari ;

« Par ces motifs, autorisons la dame G... à saisir-arrêter les appointements de son mari entre les mains de MM. Herbin frères jusqu'à concurrence de 100 francs par mois à partir de la signification ;

« Disons que cette retenue spéciale sera opérée par privilège et remise à la dame G... sur sa simple quittance, même hors la présence du débiteur saisi ; et limitons à une année

(1) Justice de paix du deuxième canton de Troyes.

à compter de la signification le temps pendant lequel devra être faite la retenue spéciale dont il s'agit, la situation respective des époux pouvant se trouver modifiée d'ici-là ;

« Enfin condamnons G... aux dépens liquidés à 1 fr. 70. »

Il nous reste à parcourir quelques décisions qui ont soulevé des points de droit délicats et qui ont même parfois amené des dissentiments entre les interprètes. La Cour de Paris, le 7 décembre 1907, donne *à la femme une action directe pour forcer le mari à contribuer aux charges du mariage* et l'autorise à saisir-arrêter une somme déterminée pour assurer dans l'avenir l'entretien d'un enfant infirme. De l'arrêt (1) nous ne retiendrons que le principe suivant : les articles 7 et suivants de la loi du 13 juillet 1907 contiennent une application de la règle de l'action personnelle et directe de la femme contre le mari pour le contraindre à contribuer aux charges de l'entretien des enfants communs.

M. Wahl, dans sa note, se refuse absolument à admettre cette théorie émise par la Cour de Paris. Selon lui, le législateur a eu en vue uniquement la charge qui consiste dans l'entretien du ménage, c'est-à-dire de chacun des deux époux. C'est seulement dans l'intérêt du mari qu'on a édicté l'article 7 comme une garantie contre les pouvoirs nouveaux conférés à l'épouse, et c'est par une espèce de choc en retour que la réciprocité a été admise au profit de l'épouse « Sous l'empire du Code civil déjà, chacun des époux pouvait contraindre l'autre à l'entretien commun : l'article 7 a déterminé la mesure dans laquelle la saisie pouvait avoir lieu. » Mais la loi, en employant l'expression de charges du ménage, n'a songé qu'à l'entretien des deux époux, et la meilleure preuve, aux yeux de M. Wahl, en est dans cette

(1) S. 1909.2.129 avec une note de M. Albert Wahl.

déclaration du rapport de M. Guillier : « Le droit pour chacun d'eux de faire saisir-arrêter les salaires de l'autre est reconnu par cela seul que ce dernier néglige de contribuer spontanément dans la mesure de ses ressources à l'entretien du ménage. Ces expressions englobent le cas, qui est le plus fréquent, d'abandon par un des conjoints du domicile conjugal. Nous ne pensons pas que la faculté de saisir puisse être subordonnée à l'existence d'enfants. Le devoir alimentaire qui s'impose aux époux est absolu et réciproque, qu'il y ait ou non une progéniture ».

D'autre part l'article 7, par les mots « en proportion de ses besoins », écarte toute contestation, et M. Wahl ajoute : Si l'un des époux avait le droit de se faire attribuer à lui-même les sommes destinées à l'entretien des enfants, la loi ne se comprendrait plus : car, pourquoi l'époux saisissant aurait-il, surtout si c'est la femme qui n'a pas la gestion des affaires du ménage, qualité pour se faire verser les salaires de son conjoint et les verser ensuite lui-même aux enfants ? Ne serait-il pas plus naturel que le mari fût condamné à faire lui-même ce versement ?

Il faudrait être logique et autoriser la saisie-arrêt de la femme pour toutes les pensions alimentaires dues par exemple aux ascendants du mari. M. Wahl en conclut que l'article 7 se trouve étendu au delà de ses termes non moins que de son esprit !

La solution de la Cour de Paris nous semble au contraire des plus justifiées ; elle s'impose au point de vue pratique, et aucun des arguments théoriques invoqués par M. Wahl n'est susceptible ni de la détruire, ni même de l'atteindre. Tous les juges de paix que nous avons consultés estiment qu'il y a lieu de tenir compte du nombre des enfants dans la fixation de la pension allouée à l'épouse ; et cette solu-

tion, universellement pratiquée aujourd'hui, est absolument légitime au point de vue des principes.

La loi du 13 juillet 1907 a été votée pour l'épouse et non pas pour le mari. Seul l'article 2 est unilatéral ; mais l'article 7 a toujours été réciproque, et c'est essentiellement la femme que le législateur a entendu protéger. Notre analyse des travaux préparatoires le démontre amplement, et M. Wahl lui-même cite un passage de M. Guillier qui est nettement contraire à sa théorie. Que signifie donc cette phrase : nous ne pensons pas que la faculté de saisir les salaires puisse être subordonnée à l'existence d'enfants ? M. Wahl nous indique qu'elle répond à une proposition antérieure de la Chambre qui n'accordait au mari le droit de saisir les salaires de la femme qu'en cas d'existence d'enfants. Au contraire la loi nouvelle supprime la restriction que nous venons de rappeler ; elle proclame que, même s'il n'y a pas d'enfants, la saisie sera possible, mais elle admet qu'à plus forte raison, s'il y a des descendants, la saisie subsistera. Le droit de saisie dépend de l'existence d'une progéniture non pas sans doute pour sa reconnaissance, mais pour son étendue.

D'autre part, la femme n'est plus aussi rigoureusement exclue de la gestion du ménage qu'autrefois. Son rôle ne se bornera pas, comme semble le dire la note précitée, à recevoir la somme des mains du mari pour la remettre aux enfants. Elle en surveillera l'emploi : le tribunal l'a reconnue digne de la tâche délicate qu'il lui confie.

Et alors le seul argument qui subsiste, c'est celui tiré des mots employés par le législateur. Le texte parle de charges du ménage et non de charges du mariage : c'est le grand argument du tribunal de Boulogne reproduit par la doctrine. Nous sommes certain que, malgré cette applica-

tion nouvelle, la Cour de cassation réserverait le même accueil à ces discussions purement verbales.

Ainsi le juge de paix a le droit et même le devoir de tenir compte de l'entretien des enfants lorsqu'il détermine dans quelle mesure l'un des époux sera autorisé à saisir le salaire de l'autre. Comment en pratique se fera cette fixation ? Un jugement précité du tribunal de Valenciennes déclare que le juge ne doit pas préciser la somme (1) à concurrence de laquelle la saisie pourra être pratiquée, mais seulement *indiquer la quotité du salaire* qui pourra être saisie, le montant de cette quotité devant suivre les fluctuations possibles dudit salaire et constituer une somme variable d'après ces fluctuations.

Sans doute cette règle est conforme à la fois à l'équité et au texte de l'article 7 qui permet de saisir-arrêter « une part » des salaires. Mais nous croyons qu'elle ne doit pas être appliquée avec trop de rigueur, et que le magistrat, s'il agit mieux en déterminant une fraction du salaire, a le droit de fixer une somme. Il arrive en effet souvent que certaines rémunérations du travail échappent à ces fluctuations dont parle le tribunal civil de Valenciennes : ainsi en est-il notamment des appointements des employés et des traitements des fonctionnaires. Au contraire, si l'époux saisi travaille aux pièces, le procédé du tribunal sera le seul praticable.

Une controverse intéressante surgit lorsque les époux appartiennent non plus à la classe ouvrière, mais à la classe bourgeoise et *que leurs revenus sont importants*. Une espèce très caractéristique s'est présentée tout récemment (2)

(1) Cf. *Gaz. Pal.*, 1909.2, p. 261.

(2) Jugement du 16 février 1910, dans la *Gazette des Tribunaux* du 9 mars 1910.

devant le juge de paix de Charenton-le-Pont. La dame B... qui évaluait sa fortune personnelle à plus de 110.000 francs trouvait que son mari ne contribuait pas suffisamment aux charges du ménage en versant 250 francs par mois, et elle réclamait une contribution mensuelle de 500 francs.

Le juge de paix débouta la femme de ses prétentions en faisant appel aux attendus suivants : si l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907 donne au juge de paix le pouvoir d'autoriser l'époux qui se trouve dans le besoin à saisir-arrêter et toucher des salaires ou du produit du travail de son conjoint une part en proportion de ses besoins, c'est à la condition certaine et évidente que ces besoins soient immédiats ou indispensables ; en aucune manière il n'a le pouvoir de déterminer, ainsi qu'il est demandé, la part de revenus que la femme pourra exiger de son mari à raison de ses apports matrimoniaux. Ce serait ainsi se substituer au mari dans la gestion et dans l'administration de la communauté dont il est le chef.

Cette solution nous paraît des plus discutables : de ce que les sommes frappées de saisies-arrêts sont nécessairement des produits du travail, il ne résulte pas que le magistrat, pour fixer la part contributive de l'époux, n'ait pas le droit de tenir compte des revenus qui ont une autre source que le labeur. Ici, comme dans l'article 208 du Code civil, il y a lieu d'accorder les aliments dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit.

D'autre part, rien, dans le texte de la loi, ne limite l'application de l'article 7 au cas où l'un des époux se trouve dans le besoin. La loi, primitivement faite pour la classe ouvrière, a été généralisée par la suite. Un conjoint peut donc avoir des revenus importants et cependant réclamer

une pension alimentaire (1), si l'autre époux possède une fortune considérable.

L'ingérence du juge de paix ne serait critiquable que si elle était manifestement contraire à la loi ; mais le législateur peut parfaitement permettre aux tribunaux de modifier une contribution fixée conventionnellement (2), lorsque les circonstances de fait se transforment.

Les principes que nous défendons ont du reste été consacrés eux aussi par certaines décisions jurisprudentielles. Dans une espèce qui s'est présentée à Lille et qui nous est signalée par M. Boivin, le mari était en même temps ouvrier et propriétaire de maisons donnant des revenus ; ceux-ci étant plus que suffisants pour les besoins du mari, la femme demanda de former saisie-arrêt sur une très forte partie des salaires, et sa demande fut agréée.

§ 3. — La manifestation des droits reconnus à la femme.

Deux espèces très importantes doivent être étudiées dans ce paragraphe. La première tranche un problème de procédure, la seconde résout une question de compétence.

M. Couchard, créancier de M. Deforge, passementier, avait fait pratiquer des oppositions entre les mains des débiteurs de son débiteur, M. Mauny et la Société des Magasins du Bon Marché. Mme Deforge, s'appuyant sur ce fait qu'elle exerçait un commerce indépendant de son mari, invoqua la loi du 13 juillet 1907 et demanda *au Président du tribunal civil de la Seine statuant en référé*, l'autorisation de toucher les sommes qui lui étaient dues personnellement. Le 5 février 1908, M. le Président Ditte rendit

(1) Cf. Cass., 23 février 1898, D. 99.1.303.
(2) Cf. Lalou, *op. cit.*, p. 208.

une ordonnance (1) qui faisait droit aux conclusions de la demanderesse et qui lui permettait « dès à présent et par provision de toucher et de recevoir, sur ses simples quittances et décharges, des mains du Bon Marché et de Mauny, toutes sommes pouvant lui être dues à raison de ses travaux personnels et fournitures de broderies et passementeries faites par elle personnellement ».

M. Couchard intenta appel devant la Cour de Paris (2) qui, le 19 mars 1908, annula l'ordonnance précitée en se basant sur les motifs suivants :

Considérant qu'en autorisant la dame Deforge..., l'ordonnance a restreint les effets des saisies ; qu'elle en a fait disparaître au moins partiellement la matière et rend inutile et sans portée dans cette limite une décision sur le fond ; qu'ainsi, contrairement à l'article 809 du Code de procédure, elle porte préjudice au principal ; qu'il s'ensuit que le juge des référés a excédé ses pouvoirs et les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par cette disposition.

Que c'était au tribunal, seul juge de la validité desdites saisies qu'il appartenait d'en connaître et de déterminer par suite si, ainsi qu'elle le prétendait et que le conteste Couchard dans ses conclusions d'appel, la dame Deforge exerçait ou non une profession personnelle distincte de celle de son mari et si elle était créancière, et dans quelle mesure, des tiers saisis, à raison de travaux et de fournitures faits personnellement par elle.

Cette décision de la Cour de Paris est approuvée par M. Lalou. Le juge des référés excéderait ses pouvoirs dès que le droit du demandeur serait contesté. Mme Deforge, par son acte de notoriété, établissait uniquement la validité

(1) D. 1909.2.17, avec une note de M. Henri Lalou.
(2) S. 1910.2.17, avec une note de M. Albert Tissier.

de ses actes ; elle ne prouvait en rien sa propriété sur les valeurs que les tiers prétendaient appartenir au mari. L'article 809 du Code de procédure, en décidant que les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal, s'oppose formellement à ce qu'elles viennent limiter les effets des saisies-arrêts.

Au point de vue pratique, de graves objections peuvent être formulées contre cette thèse. Elle réduirait la compétence du juge des référés presque à néant, en la bornant aux actes conservatoires. La protection, organisée pour la femme mariée par la loi du 13 juillet 1907, serait sérieusement compromise Alors même qu'il serait certain que l'épouse est soumise à la loi du 13 juillet 1907, alors même qu'il y aurait urgence et qu'il s'agirait de nourrir les enfants, l'intervention du tribunal avec sa procédure lente serait inévitable. Or, il est inadmissible qu'une saisie faite manifestement sans droit mette obstacle au paiement des sommes dues et exigibles, sans que le juge des référés puisse lever rapidement cette opposition. Particulièrement, dans l'hypothèse précitée, la saisie arrêt, comme le remarque très justement M. Tissier, est une saisie nulle puisqu'elle porte sur des biens qui n'appartiennent pas au débiteur du saisissant ; et il n'y a pas lieu par suite de s'arrêter à la demande en validité.

L'article 809 pourrait du reste être interprété d'une façon (1) toute différente. Le législateur, après avoir fixé dans l'article 805 les cas d'application du référé et dans les deux articles suivants la procédure qu'il institue, s'occupe, dans l'article 809, des effets de l'ordonnance au double point de vue de l'exécution provisoire et des voies de recours. Les

(1) Cf. une note de M. Jean Appleton sous Paris, 22 juillet 1895, D. 96.1.225.

ordonnances ne feront aucun préjudice au principal, c'est-à-dire que la question arrivera entière devant les juges sans avoir été tranchée d'avance et que les magistrats qui auront à statuer définitivement ne seront pas liés par la décision du président du tribunal. La seule condition imposée par le Code de procédure est celle de l'urgence. Mais la jurisprudence se refuse nettement à admettre cette conception (1), et elle déduit de l'article 809 que le juge des référés ne peut, après l'assignation en validité, donner l'autorisation de toucher en tout ou en partie la somme saisie.

La deuxième controverse pratique, à laquelle nous faisions allusion, se rapporte à la question de savoir *si la compétence du juge de paix est illimitée* et subsiste, quelle que soit la valeur des sommes à saisir-arrêter. Le problème s'est posé le 19 mars 1909 devant le tribunal (2) civil de Châlons-sur-Marne. Un mécanicien retraité de la Compagnie de l'Est avait abandonné sa femme : celle-ci réclamait à son mari une pension alimentaire égale à la moitié de la pension (en l'espèce de 980 fr. 40), et elle concluait à la validité de la saisie-arrêt pratiquée par elle entre les mains de la Compagnie pour la somme précédemment énoncée. Le mari opposait l'incompétence du tribunal et s'appuyait sur ce que la loi du 13 juillet 1907 avait attribué compétence exclusive au juge de paix pour tous les litiges de cette nature, quelle que soit l'importance des secours pécuniaires réclamés.

Le tribunal, malgré les conclusions contraires du substitut M. Léon Lyon-Caen, repoussa l'exception invoquée par le mari par les motifs suivants :

(1) Cf. Paris, 12 avril 1905, S. 1905.2.200 ; et Cass., 9 novembre 1908, S. 1909.1.436.

(2) D. 1910.2.11 et la note de M. Henri Lalou. — *Adde* : Chronique de M. Eugène Gaudemet, 1909, *op. cit.*, p. 669 et seq.

« Attendu que la loi du 12 juillet 1905 a fixé d'une manière générale la compétence des juges de paix et a ensuite prévu limitativement certaines exceptions à cette règle ; que dans des textes postérieurs, par exemple dans la loi du 8 juillet 1907 concernant la vente des engrais, le législateur a pris soin de spécifier la compétence absolue du juge de paix, quel que soit le chiffre de la demande et sous réserve du droit d'appel au-dessus de 300 francs ; que, s'il eût voulu, en matière de saisie-arrêt sur une pension de retraite, donner aux magistrats cantonaux une compétence absolue, le législateur du 13 juillet 1907 n'eût pas manqué de l'exprimer d'une façon formelle ; que rien, dans les prescriptions de la loi précitée du 13 juillet 1907, n'indique qu'il doive être dérogé aux règles générales de la compétence et que, même dans les travaux préparatoires, il n'a pas été question d'étendre, en la matière, au delà des limites ordinaires, la compétence des juges de paix ; que, dans ces circonstances, il échet de s'en référer aux principes généraux de la compétence qui sont d'ordre public. »

Ce jugement nous paraît aussi regrettable dans ses conséquences pratiques qu'erroné dans son fondement juridique. Si le texte n'indique pas que la compétence est illimitée, il ne contient aucun argument pour la thèse contraire. Comme le remarque M. Lalou (1), il y a de nombreux cas dans lesquels le législateur ne dit rien et où les interprètes n'introduisent pas, en raison de ce silence, des limitations à la compétence.

Les articles 7 à 11 de la loi de 1907 ont créé un système

(1) Cf. notamment la loi du 22 février 1851, article 18, sur le contrat d'apprentissage, les lois du 31 mars 1896 et du 31 décembre 1903 sur la vente des objets abandonnés chez les aubergistes, chez les ouvriers et les industriels.

nouveau qui forme un tout et qui, réglementation spéciale de la procédure, peut déroger aux règles générales.

Cette conception que la loi ne défend pas d'accepter, la pratique l'impose. Exiger l'intervention du tribunal dès que la somme à saisir-arrêter excède 600 francs, ce serait souvent frapper de stérilité la réforme de 1907. Son but essentiel, c'est la simplicité de la procédure, c'est la modicité des frais. Or la loi doit profiter non seulement aux ménages ouvriers, mais encore aux classes aisées : celles-ci peuvent avoir, comme ceux-là, des besoins urgents et de légitimes dissentiments. Exposées aux mêmes dangers, elles méritent la même protection.

De l'étude approfondie que nous avons faite des décisions des tribunaux et de la pratique extra-judiciaire se dégage une conclusion unique. *Deux grands courants* se sont manifestés dès le lendemain de la promulgation de la loi du 13 juillet 1907 : l'un, nettement hostile à la législation nouvelle, jugeait utile et nécessaire de restreindre son champ d'application. Il exigeait d'une façon détournée l'autorisation maritale pour toutes les opérations de bourse en demandant la preuve que la capacité de l'épouse n'avait pas été retirée ; il excluait les femmes séparées de fait ; il repoussait les demandes supérieures à 600 francs. En un mot il imposait des formalités rebutantes qui devaient détourner la femme mariée laborieuse des droits nouveaux qui lui étaient reconnus.

L'autre courant, plus respectueux de la lettre et de l'esprit de la loi, plus conforme aux exigences de la pratique et aux tendances de l'évolution moderne, déduisait du texte toutes les conséquences quo le législateur y avait placées. Il ouvrait largement les portes des caisses d'épargne, il sim-

plifiait la procédure, il étendait dans un sens libéral le domaine de la loi.

Cet antagonisme, c'est la lutte qui se produit autour d'une idée nouvelle dans toutes les branches de l'activité humaine, qu'il s'agisse des théories de la science, des méthodes de la philosophie, des conceptions de l'art, des institutions du droit. Toute création suscite immédiatement autour d'elle des enthousiasmes parfois exagérés et des résistances toujours opiniâtres : la jurisprudence qui reflète exactement l'opinion ressent toutes ces impulsions souvent contradictoires qui traduisent d'une façon éclatante la vie juridique d'une époque. Mais, lorsque la réforme répond à un besoin, il arrive que peu à peu les réactions diminuent de force ; les anciennes protestations théoriques s'affaiblissent, et le courant nouveau subsiste seul.

C'est ce qui se réalisera d'ici peu dans la matière qui nous occupe. D'une part, en effet, les juges de paix sont nettement favorables à une large application de la loi du 13 juillet 1907, et ceci est particulièrement important : connaître leurs avis, c'est deviner la jurisprudence de demain. Or, sur plus de vingt-cinq réponses que nous avons reçues, nous n'avons recueilli que deux appréciations défavorables, et, fait très curieux, les deux magistrats hostiles à la réforme n'avaient jamais eu l'occasion de la pratiquer. Ils avaient raisonné sur des principes théoriques alors que tous les autres avaient formé leur conviction au contact des faits.

D'autre part les circulaires des ministres, les décisions de la Chambre syndicale, la jurisprudence de la Cour de cassation manifestent le même état d'esprit ; leurs conceptions, soit par la voie de l'autorité, soit par la puissance de l'imitation, pénétreront bientôt la pratique tout entière.

CONCLUSION

La loi du 13 juillet 1907, l'étude de la pratique nous l'a montré, n'est pas un accident législatif ; elle est issue d'un besoin moderne et non de la satisfaction d'intérêts passagers. Elle n'est pas le terme d'une évolution, elle en constitue au contraire une des premières étapes. Le rôle de notre conclusion, c'est d'examiner à un point de vue objectif la valeur de la réforme ; c'est aussi de dégager, au milieu des influences du passé qui remplissent encore la législation du présent, les tendances de l'avenir qui se développeront chaque jour davantage. Puis à l'analyse d'un aspect spécial du problème doit succéder une synthèse plus compréhensive qui rattache l'activité économique de l'épouse aux transformations de la condition générale de la femme mariée et qui essaie de pressentir, parmi les espérances d'aujourd'hui, celles qui deviendront les réalités de demain.

I

L'examen critique de la loi du 13 juillet 1907 doit être fait *tant au point de vue de la forme qu'au point de vue du fond*. Par forme, nous entendons toutes les mesures qui ont pour objet de faire passer un texte de l'état statique à l'état dynamique, de la théorie à l'application. Or, pour qu'une disposition législative pénètre profondément dans l'usage, il faut qu'elle soit connue, que sa procédure soit facile et que les tiers jouissent d'une sécurité complète. Est-ce que la loi nouvelle satisfait pleinement à ces trois conditions ?

Nous ne le pensons pas : tout d'abord, en effet, elle est *presque totalement ignorée* des femmes qui peuvent en invoquer le bénéfice. Un exemple caractéristique s'est produit le 14 avril 1910 devant le juge de paix du canton nord de Dijon. Une épouse dont le mari ne fournissait rien pour l'entretien du ménage demandait de saisir-arrêter les salaires de son mari pour obtenir une pension alimentaire de 20 francs par mois. Au lieu d'appuyer sa prétention sur la loi du 13 juillet 1907 qui s'appliquait indiscutablement en l'espèce, elle invoquait l'article 214 du Code civil et s'exposait par là à ce que le juge de paix se déclarât incompétent (loi du 12 juillet 1905, art. 7, § 1).

Sans doute en théorie la promulgation d'une loi et sa publication au *Journal officiel* font que personne n'est censé l'ignorer ; mais en fait, lorsqu'une réforme s'adresse principalement à la classe ouvrière, il faudrait recourir à une publicité plus effective. La France est trop vaste pour qu'on songe à imiter les législateurs suisses qui ont fait distribuer dans chaque ménage un exemplaire de leur nouveau Code civil. Il serait toutefois possible, comme le réclament plusieurs juges de paix, de remédier à ce mal en affichant la loi dans le prétoire et en la reproduisant dans le bulletin de chaque préfecture adressé aux maires des communes.

La seconde question, celle de la procédure à suivre, n'est qu'une face d'un problème plus vaste. Le formalisme, comme l'a très bien mis en lumière Ihering (1), présente une incontestable utilité : qu'il se manifeste lors de la conclusion des contrats ou dans l'organisation des procès, il permet d'atteindre à une uniformité qui est la meilleure garantie contre l'arbitraire. En ce sens il est juste de dire que « la forme est la sœur jumelle de la liberté ».

(1) *L'esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, t. III, p. 162 et seq.

Mais, si la forme est nécessaire, elle n'est véritablement utile qu'à la double condition d'être *simple* et d'être peu *coûteuse* ; elle doit aider à la reconnaissance du droit et non en paralyser l'exercice. Il ne faut pas que l'ignorant et l'imprudent soient à la merci d'un adversaire retors et sans conscience, et qu'il soit presque aussi onéreux de gagner un procès que de le perdre. Ces principes sont à la base du mouvement contemporain qui réagit de plus en plus contre le Code de procédure, l'ordonnance de 1667 réformée ; ils inspirent en partie la loi du 13 juillet 1907 dans ses articles 7 à 10 ; mais, s'il y a un progrès de réalisé, ce progrès est insuffisant. Tous les juges de paix qui nous ont exprimé leur opinion sont unanimes à reconnaître qu'un nouveau pas s'impose dans la voie d'une procédure à la fois plus rapide et moins chère.

L'assistance judiciaire devrait être accordée de plein droit (1) à la femme ouvrière ; le prétexte que des commerçantes aisées peuvent être appelées à bénéficier de la loi ne doit pas empêcher la classe ouvrière de profiter des dispositions nouvelles. Comme le constate très justement M. Daguin dans une lettre du 12 octobre 1909, le demandeur se trouve obligé de faire face aux frais de l'instance. Ce n'est pas que le coût des lettres recommandées soit élevé par lui-même, mais, pour qui n'a rien, un faible débours est toujours onéreux, impossible souvent.

Est-il admissible, dit M. de Renty, que, pour saisir les salaires du mari, il faille commencer par faire 50 ou 60 fr. de frais et que pour valoir attribution il soit nécessaire d'ajouter environ 100 francs ?

(1) C'est ce que demandent notamment M. Daguin, anciennement à Lille, M. de Renty à Roubaix, les juges de paix de Rouen, de Paris, de Louviers.

Sans doute la femme mariée a le droit de réclamer le bénéfice de l'assistance judiciaire ; sa demande sera presque toujours admise et elle se trouvera ainsi dispensée des frais. Mais l'obtention exigera du temps, généralement trois semaines, parfois près de deux mois, et ce que la procédure aura gagné en bon marché, elle l'aura perdu en rapidité.

D'autre part, l'opposition consécutive au jugement portant condamnation n'a de valeur que pour le montant de la pension allouée, et les patrons ne veulent jamais retenir pour les frais. Dès que le mari a connaissance de l'opposition, il change d'usine, et la procédure est à recommencer.

Tous ces inconvénients pratiques résultent de ce que la loi de 1907 a été trop hâtivement votée. Les juges de paix, favorables à l'esprit du texte nouveau, se sont efforcés de réagir contre son texte, et il y a là une tendance très intéressante qui mérite d'être d'ici peu sanctionnée par le législateur.

A Paris (XII[e] arrondissement), M. Becker, d'accord avec le parquet, donne à toute femme qui invoque la loi de 1907 une lettre qui lui permet d'obtenir immédiatement l'assistance provisoire, tant pour les frais de l'audience que pour ceux de la saisie-arrêt.

A Evreux, à Lille, à Roubaix, à Rouen, les juges de paix appliquent la loi du 12 janvier 1895 et non le Code de procédure. Mieux vaut la signification du jugement par le greffier à peu de frais que le recours à un huissier qui oblige la partie à demander l'assistance judiciaire pour faire exécuter la décision qu'elle a obtenue.

M. Daguin, pour diminuer les frais d'enregistrement qui croissent avec le montant de la condamnation, ne condamne le mari que pour une période très courte, deux mois géné-

ralement, avec renouvellement d'instance s'il échet. Il arrive souvent que le mari continue la pension sans nouveau jugement.

Pour mettre les frais à la charge du mari, il déclare dans ses jugements que les frais ayant été avancés par le demandeur, l'opposition aura effet tant pour eux que pour la pension, tous deux réunis formant la créance indivisible du demandeur.

La procédure de la loi de 1907 appelle donc plusieurs modifications. L'assistance judiciaire devrait être accordée de plein droit à la femme ouvrière, ou tout au moins, le juge de paix, lorsque le requérant produirait un certificat d'indigence, pourrait ordonner l'application de la loi du 12 juillet 1895 sur la saisie-arrêt des salaires et des petits traitements. L'opposition s'étendrait aux frais de l'instance ; elle serait valable chez tous les patrons successifs du mari.

Il ne suffit pas de faciliter à l'épouse l'exercice d'une saisie-arrêt ; il faut encore, pour donner à la première partie de la loi une valeur pratique réelle, créer chez les tiers avec lesquels la femme mariée entre en relations juridiques une tranquillité absolue. Le vendeur doit pouvoir se renseigner facilement sur l'état, sur la capacité et sur le crédit de son acheteur. Or notre législation française actuelle est manifestement insuffisante ; elle permettra de savoir si la femme est mariée, si elle n'est pas divorcée ; elle protégera contre le régime dotal (loi du 10 juillet 1850) ; elle indiquera quelques-unes des charges qui grèvent son patrimoine immobilier. Mais certaines hypothèques légales produiront leur effet sans inscription ; les mutations par succession ou par legs demeureront occultes ; le régime matrimonial ne sera pas connu d'une façon précise ; spécialement lorsque

l'épouse voudra faire emploi de ses biens réservés, le tiers n'aura aucun moyen de savoir si le mari n'a pas fait usage des droits que lui confère l'article 2 de la loi du 13 juillet 1907, et s'il n'a pas supprimé la capacité spéciale de la femme mariée laborieuse. Le résultat pratique, c'est qu'il se refusera souvent à traiter avec l'épouse, qu'il ne se contentera pas d'un acte de notoriété et qu'il exigera l'intervention maritale.

Pour assurer à la loi nouvelle toute son efficacité, il est nécessaire qu'à bref délai le législateur français entre dans la voie qui lui a été tracée par les Codes civils de l'Allemagne et de la Suisse. L'*institution d'un registre matrimonial* analogue au Güterrechtsregister serait aussi utile aux tiers qu'à l'épouse ; elle assurerait aux premiers la sécurité et à la seconde le crédit en concentrant, par exemple au greffe du lieu de naissance, tous les faits naturels, tous les actes juridiques de nature à affecter l'état, la capacité (1), les pouvoirs d'un individu.

II

Au point de vue du fond, la loi du 13 juillet 1907 apparaît comme une transaction entre deux conceptions opposées. La première que nous avons rencontrée dans les législations de l'Allemagne et de la Suisse institue, au milieu du régime matrimonial des époux, une enclave où la séparation de biens est toute puissante. Les biens réservés sont soumis à la mainmise absolue de la femme ; ils forment le gage exclusif de ses créanciers personnels et ils ne sont assujettis à l'obligation de subvenir aux charges du

(1) Cf. Raynald Petiet, De la publicité en matière d'état et d'incapacité des personnes, dans la *Revue critique*, 1887, p. 582 à 611.

ménage que d'une façon subsidiaire, si les biens d'apport ne fournissent pas une contribution suffisante.

La seconde, qui est reconnue dans les pays communautaires, est beaucoup moins novatrice. Sans modifier la propriété des produits immédiats du travail, elle transfère à l'épouse certains droits d'administration, de jouissance, parfois même de disposition. Mais les biens acquis en emploi tombent sous les pouvoirs du mari ; ils font partie de la masse commune au moment de la dissolution et la femme ne peut obtenir sa part que si elle accepte (1) la communauté.

Le système consacré par la loi française est *hybride* : il s'inspire de la première théorie en ce qu'il autorise toute disposition à titre onéreux et en ce qu'il permet à l'épouse renonçante d'effectuer la reprise de son pécule ; il se rattache à la seconde en donnant aux créanciers du mari qui ont traité dans l'intérêt du ménage la faculté de poursuivre les biens réservés et en faisant rentrer les fruits du travail dans le partage de l'actif commun.

Cette construction, inférieure pour l'unité à celle du B. G. B., répond mieux aux exigences de la pratique ; elle arrive en effet à étendre aux régimes de communauté l'application d'une réforme qui est surtout importante pour eux et qui, loin de contredire leur essence, s'harmonise parfaitement avec leurs principes.

C'est en effet sous l'action de la renaissance du droit romain que des idées nouvelles sont venues au XVI^e^ siècle se greffer sur la communauté coutumière et en déformer la notion primitive. Elles ont introduit la prépondérance absolue du mari, elles ont développé la théorie de l'*imbecil-*

(1) Une seule exception est faite par la loi de Genève du 7 novembre 1894.

litas sexus ; elles ont affirmé la nécessité de concentrer entre les mains du seigneur et maître l'administration et même la disposition des biens communs ; elles ont réduit le rôle de la femme à celui d'une associée dont les droits ne naissaient qu'à la dissolution du régime. Mais originairement la communauté (1) apparaissait « avec les caractères d'une société franchement conçue pour fonctionner à deux têtes, chacune en son office propre et sous l'autorité dirigeante du mari ». Nos premiers auteurs parlent constamment du mariage comme d'une société, comme d'un « accompagnement », et les époux sont « assemblés » pour acheter, s'obliger ou donner.

La loi du 13 juillet 1907, par dessus le XVI^e^ siècle et l'influence romaine, se relie à l'ancienne conception chère à Beaumanoir et, si elle n'emploie pas les mêmes moyens, elle recherche le même but. Il est possible aujourd'hui d'affirmer en renversant le vieil adage de Dumoulin : *uxor non speratur fore, uxor est proprie socia.*

Sans doute, il existe des différences entre la société conjugale du XIII^e^ siècle et celle du XX^e^, et ces divergences se manifestent à la fois dans la composition du patrimoine social et dans sa gestion. D'une part, l'étendue du fonds matrimonial tend à se restreindre : c'est que l'association des conjoints a ressenti l'influence d'un phénomène plus général. Dans toute société, le risque social a été en s'affaiblissant de plus en plus ; alors qu'à l'origine tout associé était tenu personnellement et que les créanciers avaient pour gage la personne physique de leur débiteur, alors que plus tard tous les biens de l'associé furent responsables, les sociétaires peuvent aujourd'hui limiter leur risque au mon-

(1) Cf. Lefebvre, *Le droit des gens mariés*, Paris, 1908, p. 241 et seq.

tant de leur apport en devenant actionnaires ou commanditaires. De même, tandis que l'épouse était au début la propriété du mari, tandis que plus tard elle lui transfère l'intégralité de son patrimoine, elle tend de nos jours à ne soumettre aux pouvoirs du mari qu'une faible portion de ses biens.

D'autre part la concentration de tous les droits entre les mains du chef de la communauté est de plus en plus battue en brèche.

Sans doute le concours des deux époux n'est plus exigé comme au treizième siècle pour la réalisation de tous les actes juridiques importants ; mais la femme n'est plus, comme sous le régime du Code civil, exclue de toute collaboration. Son influence se traduit sous une autre forme que dans la construction de Beaumanoir, mais elle est tout aussi efficace. A la monarchie absolue succède une république où les deux gouvernants se partagent les attributions. La division des pouvoirs se fait, non plus comme le réclamait M. Gény, d'après la nature juridique des opérations, mais d'après leur fin économique. Pour reconnaître si un acte accompli par la femme mariée est valable, nous ne rechercherons pas sa nature ; nous ne nous demanderons pas s'il est à titre onéreux ou à titre gratuit, s'il rentre ou non dans la sphère du ménage ; nous interrogerons uniquement son but et nous verrons s'il poursuit l'utilité commune ou s'il lui est étranger.

Cette méthode, c'est celle préconisée par Ihering (1) ; rien, dans le domaine du droit, n'existe que par le but et en vue du but ; le droit tout entier est une unique création du but. Or, au-dessus de la volonté de la femme, au-dessus

(1) Cf. Ihering, *Das Zweck im Recht*, Lepzig, 1902.

de l'ancien absolutisme du mari, il est un intérêt supérieur qui les domine : c'est celui du ménage que les deux époux représentent au même titre. La communauté arrive ainsi à avoir deux chefs (1) qui tous deux opéreront dans deux départements différents ou, si l'on préfère, relativement à deux masses distinctes. Le chef normal reste le mari, mais, pour une partie des biens communs, ceux que la femme aura gagnés par son industrie personnelle et séparée, ce chef, ce sera la femme qui entre ainsi en collaboration avec le mari en ce qui touche l'administration de la communauté.

L'idée de séparation des pouvoirs que la loi du 13 juillet 1907 a introduite dans la société conjugale mérite, à notre avis, d'être étendue, et cette *extension* doit être à la fois *personnelle et réelle.*

Elle doit être réelle, car les produits du travail ne sont pas les seules valeurs dignes de protection. Les sommes constituées en dot soit par les tiers, soit par l'épouse, devraient pouvoir être soumises *conventionnellement* à ce régime de 1907, plus protecteur de l'individualité de la femme que la communauté, plus conforme aux intérêts du ménage que la séparation de biens.

Elle doit être personnelle. Comment expliquer en effet, au point de vue des principes rationnels, l'inapplicabilité de la réforme, *lorsque l'épouse collabore à la profession de son mari* ? La plupart des auteurs se bornent à affirmer la solution sans en fournir de justification. « Tout le monde est d'accord, écrit l'un d'eux (2), pour reconnaître que, en aucun cas, le pécule réservé ne pourra comprendre les

(1) Saleilles, *Etudes législatives*, 1907, p. 566.

(2) Pernot, *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail*, thèse Dijon, 1904, p. 110.

gains résultant du travail commun des époux. Cette limitation toute naturelle a trouvé sa place dans le texte de la plupart des projets. Elle n'est contestée par personne. Autant il est naturel d'accorder à la femme certains droits sur les sommes qu'elle gagne grâce à la mise en œuvre de son activité personnelle, autant il serait étrange et ridicule de lui accorder les mêmes droits sur des gains à la réalisation desquels le mari a coopéré. »

Au premier abord, il est vrai que l'intervalle semble considérable entre l'ouvrière de l'usine et la collaboratrice du mari : l'une vit en dehors de sa demeure et reçoit un salaire nettement déterminé ; l'autre reste à la maison, et la plus-value qui résulte de son labeur se confond dans la rémunération du mari. Mais, entre les deux, il y a des échelons intermédiaires qui les rapprochent et permettent de passer de la première à la seconde par une transition naturelle. Le fait que l'activité s'exerce à la maison se rencontre dans le travail à domicile ; la difficulté d'évaluation se retrouve lorsqu'il s'agit de la femme commerçante. Il nous semble en conséquence que la loi nouvelle aurait dû reproduire une disposition du projet de M. Gourju : dans l'hypothèse où une rémunération avait été promise ou payée à la femme pour les acquisitions ou plus-values résultant de sa collaboration au travail ou aux affaires du mari, cette rémunération faisait partie des biens réservés.

III

La loi du 13 juillet 1907, si elle s'inspire des besoins modernes par la procédure simple qu'elle institue et par les droits nouveaux qu'elle confère, se rattache très étroitement aux tendances actuelles par l'esprit qui la pénètre. Comme

l'a dit excellemment M. Pichon, « considérable par son contenu, elle l'est plus encore par les problèmes qu'elle pose et par l'urgence plus grande qu'elle met à leur solution ». C'est qu'il existe des *relations intimes entre le mariage et le contrat de mariage*, entre l'union des époux quant aux personnes et leur régime quant aux biens. Ces deux matières que le législateur de 1804 a arbitrairement scindées et que les législations modernes rapprochent avec raison exercent l'une sur l'autre des influences réciproques constantes. Au point de vue logique, la situation du patrimoine n'est qu'une conséquence de la condition des personnes ; mais, en pratique, il arrive souvent que les progrès se réalisent d'abord dans le domaine des intérêts matériels : *le facteur économique agit plus directement sur eux et n'atteint les relations personnelles que par l'intermédiaire des rapports pécuniaires*.

C'est ce que nous constatons ici : à l'occasion des droits de l'épouse sur les produits de son travail est formulé un principe qui est la première affirmation d'une conception destinée à transformer profondément tout le droit des gens mariés. L'épouse tient ses droits d'administration, de jouissance et de disposition sur les fruits de son labeur non plus d'une concession émanée de la volonté du mari, mais d'une prérogative qui lui est directement conférée par la loi. Le législateur ne sent plus le besoin, comme en 1881, lors de la loi sur les caisses d'épargne, de recourir à une fiction pour mettre en harmonie les exigences économiques nouvelles et les théories juridiques surannées : il sacrifie résolument les secondes pour satisfaire les premières.

A la place d'un pouvoir délégué, incertain dans son existence et variable dans son étendue parce qu'il dépend de la volonté subjective du mari, la femme mariée laborieuse

possède désormais un *droit propre* qui, créé par la loi, ne peut être retiré que par le juge. Ainsi l'article 2 qui est critiqué par de nombreux interprètes nous apparaît comme le point de départ de toute une évolution favorable à l'indépendance de l'épouse ; il est la première pièce d'un système qui se complètera à bref délai. C'est que l'idée du droit propre une fois admise entraîne nécessairement toute une série de conséquences ; nous pourrions dire, reprenant un mot célèbre : on ne lui fait pas sa part ; dès qu'elle a pénétré dans la législation, elle l'envahit rapidement tout entière. Elle proteste contre l'idée de l'incapacité civile de la femme mariée, elle n'admet pas que l'intervention préalable du mari soit une condition de la validité des actes juridiques de l'épouse ; elle réclame en un mot une organisation nouvelle qui laisse de côté toutes les règles du passé inconciliables avec le rôle économique et la situation morale de la femme française à l'époque actuelle. Elle cherche à réaliser le *compromis* désirable entre deux buts en apparence contradictoires, l'*unité du ménage* et la *reconnaissance de la personnalité de l'épouse*.

L'intérêt commun qui n'exige pas, dans le domaine des biens, l'absorption complète du patrimoine de la femme dans celui du mari n'impose pas, dans les relations personnelles, la subordination entière de l'épouse. Ici encore le nouveau Code civil allemand s'est éloigné des conceptions de 1804, et sa construction est intéressante non seulement en théorie, mais aussi en pratique : sous l'influence de besoins identiques, la législation française arrivera sinon à reproduire, du moins à imiter la loi voisine, à atteindre un but analogue par des moyens quelque peu différents.

Le B. G. B. (1) n'apporte à la capacité de la femme aucune

(1) Cf. Planck, *op. cit.*, t. IV, p. 79 et seq. — Schmidt et Habicht, *Familienrecht*, t. I, p. 143 et seq.

restriction en raison de l'état de mariage ; les vieilles idées de faiblesse du sexe sont entièrement abandonnées, et le Code nouveau consacre la formule de Bebel : *der Mann und die Frau sind Menschen.* Membres de l'humanité au même titre, l'homme et la femme, qu'ils soient engagés ou non dans les liens du mariage, jouissent des mêmes prérogatives juridiques. L'épouse pourra être affaiblie dans le droit de disposer de son patrimoine (Verfügungsrecht) parce que le régime des biens aura conféré au mari des droits d'administration et de jouissance ; mais sa capacité (Geschäftsfähigkeit) subsistera intégrale.

Le rôle du mari ne peut plus être dans ces conditions de donner une autorisation préalable qui soit nécessaire pour habiliter l'épouse ; il n'est pas de conférer un pouvoir qui existe par la volonté de la loi et en dehors de son intervention.

C'est seulement lorsqu'il s'agit d'affaires intéressant la vie commune que le mari conserve le droit de décider ; et, s'il en est ainsi, ce n'est pas que sur ce point spécial l'antique tutelle du sexe ait subsisté, c'est, nous dit Planck, que dans une association composée seulement de deux personnes on ne peut avoir recours à la majorité pour trancher les difficultés.

D'autre part, si la femme s'est obligée envers un tiers à une prestation qu'elle doit accomplir en personne, le mari peut, sans observer de délai, dénoncer le rapport de droit, s'il a été sur sa requête habilité à cet effet par le tribunal des tutelles (Kündigungsrecht). Cette disposition de l'article 1358 qui consacre la liberté du travail de la femme mariée a subi, au cours des travaux préparatoires, une évolution des plus curieuses. Le premier projet exigeait le consentement du mari pour que l'épouse puisse devenir

ouvrière, commerçante, artiste, exercer en un mot une profession indépendante. A défaut de consentement, le mari pouvait à son gré supprimer pour l'avenir les effets du contrat.

Le deuxième projet, plus favorable à l'épouse, admet la possibilité d'un recours au tribunal des tutelles, soit lorsque le mari est matériellement empêché de donner son approbation, soit lorsque son refus constitue un abus de droit.

Enfin la commission du Reichstag, plus novatrice, reconnaît à la femme mariée pleine capacité pour disposer de sa force de travail ; mais elle réserve au mari la faculté d'obtenir (1) du juge des tutelles l'autorisation de faire résilier l'engagement de l'épouse.

La femme mariée allemande a ainsi conquis son entière capacité juridique : elle tient de la loi même son pouvoir dans la sphère du ménage ; elle n'est obligée de suivre les décisions du mari que dans les mille questions journalières que soulève la vie commune ; elle peut en toute liberté entreprendre une profession et exercer son activité sans autorisation préalable, et le mari doit, pour faire opposition, avoir le consentement du juge des tutelles. Dans toutes ces hypothèses, l'épouse est protégée par la notion d'abus de droit et les réclamations du mari ne réussissent que si elles s'inspirent de l'intérêt du ménage. *L'indépendance économique a réalisé l'autonomie juridique.*

Les tendances que le Code civil allemand a définitivement consacrées dans le domaine des relations personnelles

(1) Cette faculté est même supprimée par la loi dans trois cas, lorsque l'exercice de la profession par l'épouse a été autorisé par le mari ou par le juge et lorsqu'il y a eu cessation de la vie commune. Nous signalons seulement les principes généraux, renvoyant pour les détails à l'excellente thèse de M. Léon Lyon-Caen, p. 118 à 129.

des conjoints *commencent à se dessiner en France.* Ce n'est pas que notre législation se borne à reproduire les réformes introduites dans les pays d'Outre-Rhin. C'est qu'à une même époque des besoins identiques se produisent dans des nations différentes et que leur satisfaction exige des réglementations semblables. L'autorisation préalable et spéciale d'une part, l'incapacité civile de l'autre, sont de plus en plus attaquées : la jurisprudence combat la première, les projets législatifs condamnent la seconde.

La Cour de cassation, dans un arrêt (1) du 11 novembre 1907, décide qu'il suffit d'une autorisation générale pour que la femme puisse exercer la profession d'artiste dramatique, et qu'un engagement théâtral contracté par l'épouse est valable du moment que le mari n'a pas révoqué son autorisation. La jurisprudence arrive ainsi à se contenter d'un consentement initial, exprès ou tacite, pour permettre à la femme mariée le libre exercice de son activité économique.

Les propositions de lois sont plus hardies. Le 27 novembre 1906, M. Charles Beauquier déposa sur le bureau de la Chambre une proposition ayant pour objet la suppression de l'incapacité légale de la femme mariée. Elle s'appuyait sur l'évolution qui s'était produite dans les faits et la nécessité de mettre en harmonie la législation et les besoins modernes ; elle concluait à la suppression pure et simple des articles 215, 217, 218, 219, 221, 222, 224 et 225 du Code civil.

Cette proposition fut renvoyée à la commission de la réforme judiciaire et de la législation civile et criminelle, et elle donna lieu à un rapport de M. Viollette le 2 juin 1908.

(1) D. 1908.1.25 et la note de M. Ambroise Colin.

Le rapporteur, après avoir reconnu la légitimité d'une réforme et après avoir montré comment les revendications de M. Beauquier trouvaient une nouvelle force dans la loi du 13 juillet 1907, déclare qu'il ne faut pas aller aussi loin, et qu'il faut respecter les règles du régime de communauté. Ce n'est pas que M. Viollette soit partisan du maintien de la communauté de meubles et acquêts telle qu'elle est gouvernée par la loi de 1804 ; mais songer à la modifier dès maintenant, ce serait « compliquer et enfler tellement la réforme qu'il faudrait renoncer à en obtenir le vote rapide ».

Aussi à une suppression radicale de l'incapacité de la femme mariée la commission substitue une extension progressive de la capacité. Elle reprend tous les articles visés par M. Beauquier et elle les transforme dans un esprit favorable à l'épouse.

Alors que l'article 213 exige, pour que l'épouse puisse ester en justice, l'autorisation du mari « quand même la femme serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens », le texte de la commission restreint singulièrement cette incapacité. Il conserve encore le principe, mais il limite son champ d'application aux régimes communautaires. « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, à moins qu'elle ne soit marchande publique ou séparée de biens, ou à moins encore qu'il s'agisse de contestations relatives à ses biens paraphernaux. L'autorisation du mari cessera d'être nécessaire à dater du jour où il serait interdit ou assisté d'un conseil judiciaire (1). »

(1) Les mêmes principes directeurs inspirent les autres articles de la commission que nous nous bornerons à citer :

Article 214 nouveau. La femme ne peut acquérir à titre gratuit sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. Elle ne peut non plus, sous la même condition, donner, aliéner,

Le texte de la commission est venu en première délibération devant la Chambre des députés le 5 avril 1910. Il fut modifié par un amendement de M. Adigard qui ajouta au projet de l'article 222 le cas où le mari est interné, comme aliéné, mais non interdit. Sur la proposition de M. Groussau, le titre qui était primitivement celui de la proposition Beauquier fut changé et remplacé par l'intitulé suivant : Loi ayant pour objet l'extension de la capacité légale de la femme mariée.

Si nous avons insisté avec autant de détails sur l'histoire de cette proposition de loi, c'est d'abord parce que, sanctionnée par une première délibération de la Chambre, elle a beaucoup de chances de devenir bientôt la loi de demain ; c'est aussi parce qu'elle illustre d'une façon éclatante l'idée maîtresse qui a inspiré et qui domine toute notre étude, *l'union profonde de la vie économique et de la vie juridique*. La liberté de l'épouse, née dans le domaine des faits à la suite de l'activité économique, est douée d'une force d'expansion considérable : elle étend son influence bienfaisante sur les rapports personnels des conjoints après avoir transformé leurs relations pécuniaires ; elle pénètre la condition de toutes les femmes mariées après n'avoir été originairement conçue qu'au profit des ouvrières.

hypothéquer, acquérir à titre onéreux, à moins qu'elle ne soit séparée de biens ou qu'il ne s'agisse de ses biens paraphernaux ou à moins encore que son mari ait été interdit ou assisté d'un conseil judiciaire.

Article 222 nouveau. Si le mari est absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

Article 1449 nouveau. La femme séparée de biens en reprend la libre administration.

Article 1576 nouveau. La femme a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux.

Le texte du 5 avril 1910, comme le deuxième projet de l'article 1358 du Code civil allemand, représente une phase de transition intermédiaire ; entre ce qui fut et ce qui sera, il est plus intéressant par les signes de l'avenir que par les legs du passé. Or, deux conceptions nou velles se font jour qui tendent au même but et qui suppri-ment l'incapacité de la femme mariée dans deux hypothèses bien différentes. C'est, d'une part, lorsque l'épouse est soumise au régime de la séparation de biens, principale ou accessoire, conventionnelle ou judiciaire, c'est lorsqu'elle possède des paraphernaux ; c'est en un mot toutes les fois qu'elle est indépendante au point de vue économique.

A côté de cette première cause qui accroît la capacité de l'épouse, il en est une autre qui produit les mêmes effets en diminuant la capacité du mari : ainsi en est-il lorsque le mari est interdit, lorsqu'il est pourvu d'un conseil judiciaire, lorsqu'il est aliéné et interné, mais non interdit.

Mais le régime de communauté demeure en dehors et au-dessus de la réforme. Le mari, sauf les conséquences de la loi de 1907, demeure le seigneur et maître de la communauté, et M. Viollette tire de ce principe la conclusion suivante : « Nous ne pouvons pas penser à modifier, soit au point de vue de l'autorisation nécessaire pour ester en justice, soit au point de vue de la capacité, les articles du Code civil qui ne sont que la conséquence rigoureuse du régime de communauté. »

Cette affirmation du rapporteur nous paraît reposer sur une *confusion entre une question de capacité et une question de pouvoirs.* Quels sont les actes que l'épouse peut faire ? Quels sont les biens qui répondent de ces actes ? Il y a là deux problèmes différents que le droit français tend souvent à confondre et que le Code allemand a eu le grand mérite

de séparer nettement. Aussi croyons-nous que la distinction faite par M. Viollette entre les régimes communautaires et les autres systèmes matrimoniaux est appelée à disparaître dans une réforme postérieure. Le principe de la capacité de l'épouse doit être sanctionné, quelle que soit la condition des biens.

Il est un autre point de vue que le projet français paraît oublier et qui est de la plus haute importance. Le progrès ne consiste pas à changer les victimes de l'injustice en laissant subsister l'injustice elle-même ; il ne faut pas rétablir au détriment du mari les privilèges qui ont pesé trop longtemps sur l'épouse. La vie en commun exige une autorité qui tranche toutes les questions de la vie quotidienne, qui fixe l'habitation, qui détermine les dépenses. Si les intérêts de la femme ne doivent pas être méconnus, si sa personnalité a le droit de s'affirmer, si son activité peut se manifester sous de multiples formes, encore faut-il que le ménage ne soit pas délaissé et que l'honneur de la famille ne soit pas atteint.

Pour résoudre cette antinomie entre les droits de l'association conjugale et ceux de l'individu, nous pensons qu'il est nécessaire de s'éloigner à la fois du Code de 1804 qui méconnaît les seconds et du projet de 1910 qui paraît oublier les premiers. Nous n'imposons aucune autorisation préalable comme condition essentielle de la validité des actes de la femme mariée ; mais, lorsqu'il s'agit d'actes particulièrement graves où les intérêts supérieurs de la société risquent d'être compromis, lorsque par exemple l'épouse, dans l'exercice d'une profession, déshonore le nom de la famille ou en dissipe le patrimoine, nous permettons au mari de faire opposition à la continuation d'une activité désastreuse dans ses conséquences. Mais cette op-

position devra être justifiée, et l'intervention du juge de paix, notre juge des tutelles, donnera satisfaction aux motifs sérieux invoqués par le chef du ménage, alors qu'elle écartera les prétentions qui n'auront pour fondement que l'arbitraire ou l'esprit de contradiction du mari. Ainsi la personnalité de l'épouse est reconnue dans la loi comme dans les faits, et elle est efficacement protégée ; l'autorité du chef de l'association est consacrée dans ce qu'elle a de respectable, elle n'est réprimée que dans ses excès et dans ses abus. L'intervention plus fréquente du juge de paix ne porte aucune atteinte aux bons ménages qui n'ont pas besoin de lois pour régler leurs rapports. Elle réussit souvent à dissiper les querelles qui commencent, à calmer les ressentiments et à rétablir la paix.

Ce système qui donne au droit de l'épouse sur les produits de son labeur son complément logique, le droit au travail, passera-t-il dans la législation positive ? Les enseignements de la législation comparée, les projets de nos assemblées législatives nous autorisent à l'affirmer. Mais l'époque demeure incertaine ; la pratique est plus lente et moins hardie que la construction doctrinale ; elle doit tenir compte de facteurs nombreux ; elle se heurte à des idées du passé et à des intérêts du présent, et c'est peu à peu que la loi de demain s'élabore dans la société d'aujourd'hui. « Ce n'est pas, écrit M. Saleilles, dans la préface à la thèse de M. Léon Lyon-Caen, par une révolution subite que la femme donnera corps à son idéal, mais par une ascension lente et graduée qui, à chaque étape, démontrera à son profit la création d'un droit nouveau. »

Il ne s'agit pas, comme le réclamait M. Viviani en 1900, de détruire d'un seul coup « cette vieille maison ingrate et inhospitalière où tous les privilèges sont à un seul, où un

seul être discute, délibère, commande et a tous les droits » ; il faut au contraire travailler à édifier, pierre par pierre, la maison nouvelle où l'association de deux êtres libres substituée au gouvernement d'un seul permettra de poursuivre, avec plus d'union et par suite avec plus de force, la réalisation de l'idéal commun, l'intérêt du ménage.

Vu :
J. HÉMARD.

Vu :
Le Doyen de la Faculté
de droit de l'Université de Dijon,
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :
Dijon, le 26 mai 1910.
Le Recteur de l'Académie,
E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

BIBLIOGRAPHIE XIII

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

La femme mariée ouvrière ou employée.

CHAPITRE PREMIER. — **Le régime du Code civil** 19

SECTION I. — Les régimes de communauté 20
SECTION II. — Les pactes exclusifs de communauté. 29

CHAPITRE II. — **La femme mariée ouvrière ou employée en Allemagne et en Suisse** 34

SECTION I. — La conception du Vorbehallagut dans le Code civil allemand. 34

§ 1. — Sous le régime légal 35
A. — Les sources 37
B. — Le régime juridique 48
§ 2. — Sous les régimes conventionnels 57

SECTION II. — L'institution des biens réservés dans le Code civil suisse. 62

CHAPITRE III. — **La femme mariée ouvrière ou employée dans le droit français moderne** 70

SECTION I. — Antécédents législatifs. 70
SECTION II. — Etude analytique de la loi du 13 juillet 1907 . 80

§ 1. — Sa nature 81
§ 2. — Son champ d'application. 90

§ 3. — Son objet 92
§ 4. — Son but 103
A. — La femme et les biens réservés 104
B. — Le mari et les biens réservés 116
C. — Les époux et la contribution aux charges du ménage 118
D. — Les tiers et les biens réservés 126
§ 5. — Son influence 137
A. — Sous les régimes de communauté 138
B. — Sous les régimes exclusifs de communauté. . 158

DEUXIÈME PARTIE

La femme mariée commerçante.

CHAPITRE PREMIER. — **Le régime du Code de commerce.** 165

SECTION I. — La création du fonds de commerce. 166
SECTION II. — L'exploitation du fonds de commerce 172
SECTION III. — La liquidation. 187

CHAPITRE II. — **La femme mariée commerçante en Allemagne et en Suisse** 196

SECTION I. — La création du fonds de commerce 196
SECTION II. — Son exploitation. 199
SECTION III. — Sa liquidation. 217

CHAPITRE III. — **La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907.** 224

SECTION I. — La création du fonds de commerce 227
SECTION II. — L'exploitation commerciale 231
SECTION III. — La cessation du commerce 246

TROISIÈME PARTIE

La loi du 13 juillet 1907 et la pratique.

CHAPITRE PREMIER. — **La pratique extra-judiciaire** . . . 257

SECTION I. — Les caisses d'épargne ordinaires et les caisses d'épargne postales. 257

Section II. — La Caisse des dépôts et consignations 267
Section III. — Les établissements de crédit. Les agents de change. Le bureau des transferts 268
Section IV. — La pratique notariale 276

CHAPITRE II. — **La pratique judiciaire**. 279

Section I. — Les sujets des droits. 280
Section II. — Les droits. 291
Section III. — Les manifestations pratiques des droits. . . . 302

Conclusion

Améliorations de la loi du 13 juillet 1907 dans le fond et dans la forme 309
Répercussion des rapports pécuniaires sur les relations personnelles 319

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)